

DIE BEFRISTETE
AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG
VON DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN

Ein Beitrag zum allgemeinen Kündigungsrecht, insbesondere
im Bereich des Arbeits-, Miet-, Gesellschafts-, Genossen-
schafts-, Vereins- und Kartellrechts

Bernd-Hagen Hüpper

1964

DIE BEFRISTETE
AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG
VON DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN

Ein Beitrag zum allgemeinen Kündigungsrecht, insbesondere
im Bereich des Arbeits-, Miet-, Gesellschafts-, Genossen-
schafts-, Vereins- und Kartellrechts

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
von

Bernd-Hagen Hüpper

Mainz 1964

1. Berichterstatter: Professor Dr. ZÖLLNER
2. Berichterstatter: Professor Dr. BARTHOLOMEYCZIK

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 2. 1964



Inhaltsverzeichnis, Gliederung	Seite III
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungen	XII
<u>A. Einführung</u>	
I. Beispielfälle	1
II. Interessenkonflikt	3
III. Problemlage und Ziel der Arbeit	3
IV. Behandlung der baoK in Gesetz, Literatur und Rechtsprechung	4
1. Gesetzliche Regelungen	4
2. Die baoK in der Literatur	9
3. Die baoK in der Rechtsprechung	12
<u>B. Herausarbeitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für die baoK</u>	
I. Interessenlagen bei der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen	13
1. Bestandsinteresse Dritter und Wandel der Interessenlagen	13
2. Interessenlagen bei den einzelnen Kündigungsarten	15
II. Rechtsgrundlage der baoK	17
1. Die baoK verstößt nicht contra legem	17
a) Die Gegenmeinung aufgrund des Wortlautes des § 626 BGB	17
b) Widerlegung der Gegenmeinung auch durch Textinterpretation und durch Rückkehrschluß von der Zulässigkeit des Mehr auf die Zulässigkeit des Weniger	17
2. Legitimierungsversuche in der Literatur	21
a) "Sehr wichtige" und "weniger wichtige Gründe" nach Billigkeit	21
b) Legitimierung durch Rechtsgedanken aus § 254 BGB	22
3. Legitimierungsversuch des Verfassers	23
a) Allgemeiner Rechtsgrundsatz	23
b) Analogie	25
aa) Gesetzeslücke	25
bb) Argumentum e contrario	25
cc) Gemeinsamer Obersatz	26
dd) Ausnahmecharakter der gesetzlichen baoK-Rechte	27

c) Treu und Glauben	29
d) Vergleich mit der Legitimierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der unbaoK	32
III. Die Bedenken wegen mangelnder Rechtssicherheit sind unbegründet	33
1. Sachliche Abgrenzung zwischen unbaoK und baoK	33
a) Die unzulängliche Unterscheidung in der Literatur	33
b) Die eigene Unterscheidung zwischen "wichtigen Gründen" und "besonderen Umständen"	33
c) Die Unterscheidungsmöglichkeit in den gesetzlich geregelten Fällen	36
d) Gesetzliche Sonderfälle von "besonderen Umständen"	38
2. Zeitliche Abgrenzungsprobleme	40
a) Zeitpunkt der Kündigungswirkung	40
b) Zeitpunkt der Geltendmachung der besonderen Umstände	41
c) Bestimmung der außerordentlichen Frist	42
d) Verhältnis der aoK-Frist zur oK-Frist	45
IV. Ergebnis	46
<u>C. Bedeutung und Wirkung der baoK im Bereich der einzelnen Dsv. e</u>	
I. Die baoK im Arbeitsrecht	47
1. Suspendierung	47
2. Abmahnung	50
3. Schadensersatz	50
4. Besondere Umstände	50
5. Ergebnis	52
II. Die baoK im Mietrecht	52
1. Abmahnung	52
2. Schadensersatz	53
3. Räumungsfrist nach dem Mieterschutzgesetz	53
a) "Kündigung" durch Auflösungsklage	53
b) Räumungsfrist nach § 5a MSchG	55
4. Räumungsfristen nach §§ 721 ZPO, 7 GRMG, 30 und 31 WBewG und 27 I MSchG	56
5. Rechtsverhältnisse während der Räumungsfristen	56
a) Vollstreckungsschutz	56
b) Mietverhältnisse kraft Richterspruch	56

6. Besondere Umstände	57
a) Grundsätzlich	57
b) auf Seiten des "Mieters"	58
c) auf Seiten des "Vermieters"	58
d) bei unentgeltlichen "Mietverträgen"	59
7. Dauerbezugsverträge	60
8. Ergebnis	60
 III. Die baoK im Recht der Personengesellschaften, insbesondere Handelsgesellschaften	 61
1. Auflösung und Vollbeendigung	61
2. Fortbestehen des Unternehmens	64
a) Ausscheiden eines Gesellschafters	64
b) Übernahme nach § 142 HGB	65
c) Veräußerung nach § 22 HGB	65
d) Umgründung	65
3. Außerordentliche Übergangszeit	66
a) Besondere Umstände	66
b) Keine Beschränkung auf eine Partei	66
c) Gerichtliche Mitwirkung	67
4. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse	67
5. Besonderheiten der BGB-Gesellschaft	68
6. Ergebnis	68
 IV. Die baoK im Recht der Kapitalgesellschaften	 69
1. Wesen der Mitgliedschaft	69
2. Erwerb und Verlust der Beteiligung	70
3. Ausschließung und Austritt	70
4. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse	72
5. Ergebnis	72
 V. Die baoK im Genossenschaftsrecht	 73
1. Wesen der eingetragenen Genossenschaft	73
2. Wesen der Mitgliedschaft	73
3. Ausschließung	74
4. Übertragung des Geschäftsguthabens	75
5. Austritt	76
6. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse	77
7. Die nichteingetragene Genossenschaft	77
8. Ergebnis	77

VI. Die baoK im Vereinsrecht

78

1. Wesen des eingetragenen Vereins und seiner Mitgliedschaft
2. Austritt und Ausschuß
3. Besondere Umstände
4. Der nichteingetragene Verein
5. Ergebnis

78

79

79

79

80

VII. Die baoK im Kartellrecht

80

1. Begriff des Kartells
2. Rechtsformen des Kartells
3. Außerordentliche Kündigung des Kartellverhältnisses
4. Außerordentliche Übergangszeit
5. Ergebnis

80

80

81

82

83

D. Schlußergebnis

I. Tatbestand

84

1. Definition der baoK
2. Definition des "wichtigen Grundes"
3. Definition des "besonderen Umstandes"

84

84

84

II. Rechtsgrundlagen der baoK

84

1. Recht zur Befristung
2. Bestrittene Pflicht, eine Frist einzuhalten

84

85

III. Richtigkeitsgedanken

85

1. Soziologisch
2. Rechtssystematisch

85

86

IV. Geltungsbereich

86

1. Grundsätzlich
2. Rechtliche Einschränkungen
3. Tatsächliche Einschränkungen

86

86

86

LITERATUR - VERZEICHNIS

Soweit andere Auflagen verwandt wurden als hier angegeben, sind sie beim jeweiligen Zitat vermerkt.

- | | |
|-------------------------|---|
| Bandasch, Georg | Kommentar zum HGB, ohne Jahresangabe (1960)
Neuwied/Berlin/Darmstadt |
| Bartholomeyczik, Horst | Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Auflage,
Frankfurt/M. 1959 |
| Baumbach-Duden | HGB, Beck'sche Kurz-Kommentare, 15. Auflage
1962 |
| Beitzke, Günther | Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von
Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede an der
Elbe 1948 |
| Beste, Theodor | Die Regelung der Auseinandersetzungsfrage in den
Gesellschaftsverträgen der Personalgesellschaften,
in Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
(ZfhF) 1924 S. 97 ff |
| Bettermann, Karl-August | Kommentar zum Mieterschutzgesetz, Tübingen 1957 |
| Boehmer, Gustav | Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch
1. Abt. : Dogmengeschichtliche Grundlagen des bür-
gerlichen Rechts, Tübingen 1951 |
| Brunn, Johann H. v. | Grundzüge des Kartellrechts, Berlin 1938 |
| Büchsel, Fritz | Der wichtige Grund im § 626 BGB, Kölner jur. Diss.
1931 |
| Cosack, Konrad | Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage, Stuttgart
1930 |
| Dörinkel, Wolfram | Siehe: Müller-Henneberg-Schwartz |
| Düringer-Hachenburg | Kommentar zum HGB, 3. Auflage, 1930-34 |
| Ehrenberg, Victor | Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band 1918,
5. Band I Abt. 1. Hälfte 1928 |
| Einnatz, Alfred | Die Kündigung aus "wichtigem Grunde" bei Dienst-
und Gesellschaftsvertrag, Marburger jur. Diss. 1934 |
| Erman, Walter | Handkommentar zum BGB 3. Auflage 1962 |

- Esser, Josef "Grundsatz und Norm" = Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- ders. "Interessenjurisprudenz" = Interessenjurisprudenz heute, in Juristenjahrbuch 1. Band 1960 S. 111-119
- ders. "Schuldrecht" = Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Gierke, Otto v. Dauernde Schuldverhältnisse, in Iherings Jahrbücher Band 64 (1914) S. 355 ff
- Gschnitzer, Franz Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, in Iher. Jb. Bände 76 S. 317 ff und 78 S. 1 ff (1926 und 1928)
- Hämmerle, Hermann Handelsrecht, 2. Teil (Band II), Graz/Wien/Köln 1959/60
- Hein, Hans Der Einfluß von Wirtschaftskrisen auf bestehende Arbeitsverträge, in JW 1925 S. 185 ff
- Heinrich, Detlef Die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses, Mainzer jur. Diss. 1954
- Herschel, Wilhelm Beschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung. Zugleich ein Beitrag zur absoluten und relativen Unzumutbarkeit, in Festschrift für Arthur Nikisch, S. 49 ff, Tübingen 1958
- Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung, in AcP 155 (NF 35) S. 85 - 134
- Hueck, Alfred "Recht der OHG" = Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Auflage, Berlin 1951
- ders. Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Auflage, Berlin / Frankfurt/M. 1959
- Isele, Hellmut Georg Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in Festschrift für Molitor, 1962, S. 107 ff
- Kaskel, Walter Arbeitsrecht, 3. Auflage, Berlin 1928; 5. Auflage 1957 neubearbeitet von Hermann DERSCH

Keller, H. H.	Mitwirkendes Verschulden bei außerordentlicher Kündigung, in RdA 1957 S. 23
Knur, Alexander	Die Familiengesellschaft, Eine vergleichende Untersuchung der Unternehmungsformen, Berlin 1941
Künstler, Leopold	Der Bierlieferungsvertrag, 3. Auflage, Nürnberg 1957
Loschke, Johannes	Die befristete außerordentliche Kündigung - untersucht in der konkreten Ordnung der arbeitsrechtlichen Gemeinschaft, in Deutsches Arbeitsrecht 1938 S. 61 ff
Maus, Wilhelm	Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Band 1: Das Arbeitsverhältnis Schloß Bleckede an der Elbe 1948
Mittelstein (-Stern)	Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 4. Auflage, Berlin 1932
Möhle, Fritz	Die Personengesellschaft, OHG, KG, StG, systematischer Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 1957
Molitor, Erich	Die Kündigung, 2. Auflage, Mannheim 1951
Molitor-Hueck-Riezler	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim/Berlin/Leipzig 1925
Müller-Erzbach, Rudolf	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
Müller-Henneberg-Schwartz	Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958
Nehm, Eduard	Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, Kieler jur. Diss. 1933
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, 1. Band, 3. Auflage, Tübingen 1961
ders.	Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Schriften zum Arbeitsrecht, Reihe A Band 6, 1941
Oertmann, Paul	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923
Palandt, Otto	BGB, Beck'sche Kurz-Kommentare, 22. Auflage 1963
Paulick, Heinz	Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Ein Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 1956

- Pieper, Wolfgang Die Systematik des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung, insbesondere bei Arbeitsverhältnissen, Kölner jur. Diss. 1956
- Plassmann, Norbert Die Kündigung, im Rechtsarchiv der Wirtschaft, Stuttgart/München/Hannover, 1955
- Rasch, Harold Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Auflage 1958
- Rauchfuß, Kurt Studie zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen, Leipz. jur. Diss. 1936
- Reichsgerichtsräte-
Kommentar zum BGB, 10. Auflage 1953 und soweit erschienen 11. Auflage 1959;
zum "HGB", 2. Auflage, Band I 1953, Band II 1950
- Roquette, Hermann Mietrecht, Tübingen, 5. Auflage 1961
- ders. "Mieterschutz" Kommentar zum Mieterschutzgesetz, München/Berlin, 1956-60
- ders. Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete, Leipzig 1936
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München/Berlin, 1961
- Schlegelberger, Franz Kommentar zum HGB, Band I, 4. Auflage 1960, Band II 3. Auflage 1955
- Schlicke, Georg Die Kündigung im Arbeitsrecht, Wiesbaden, 1949
- Schneider-Zartmann;
Martin Familienunternehmen und Unternehmertestament, 3. Auflage, Heidelberg 1960
- Scholz, Franz Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 3. Auflage, Köln 1950
- Schwalbe Gerhard Die Kündigung aus wichtigem Grund im Gesellschaftsrecht, Jenaer jur. Diss. 1936
- Schwarze, Paul Die Vermögensauseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft in betriebswirtschaftlicher und steuerlicher Hinsicht, Leipzig 1937

Simitis Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/M. 1957
Spitz, Fritz	Die Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsrecht, Heidelberger jur. Diss. 1941
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Stuttgart 1959
Staub, Hermann	Kommentar zum HGB, 9. Auflage, Berlin 1912
Staudinger, Julius v.	Kommentar zum BGB, 10. Auflage und soweit erschienen 11. Auflage 1958/61
Stremme, Rolf	Die Bedeutung der Fürsorgepflicht des Unternehmers (§ 2 Abs. 2 AOG) für das Kündigungsrecht, Kölner jur. Diss. 1939
Weipert, Otto	Siehe RGR-Kommentar zum HGB
Weiss, Karl-Manfred	Probleme der Auseinandersetzung bei Personalgesellschaften, Wirtschaftswiss. Nürnberger Diss. 1957
Werner, Wolf	Die befristete außerordentliche Kündigung im Arbeitsrecht, Hallenser jur. Diss. 1940
Westermann, Harry	Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens in Steuer und Recht, Band 5 S. 57 ff
Würdinger, Hans	Siehe RGR-Kommentar zum HGB
Wüstney, Detlef	Die rechtliche Bedeutung des wichtigen Grundes für den Bestand von Dauerschuldverhältnissen, Frankfurter jur. Diss. 1935
Zitelmann, Ernst	Lücken im Recht, Leipzig 1903

ABKÜRZUNGEN

ao	= außerordentlich
aoK	= außerordentliche Kündigung
baoK	= befristete außerordentliche Kündigung
boK	= befristete ordentliche Kündigung
Dsv	= Dauerschuldverhältnis
K	= Kündigung
Nipp	= Nipperdey
oK	= ordentliche Kündigung
ord	= ordentlich
unbaoK	= unbefristete außerordentliche Kündigung
unboK	= unbefristete ordentliche Kündigung

Im übrigen wird verwiesen auf KIRCHNER, Hildebert:

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957, und auf das Literaturverzeichnis.

A.

E i n f ü h r u n g

I. Beispielfälle

1. Der Mieter einer Wohnung kommt trotz mehrmaliger Abmahnungen nachts betrunken nach Hause, randaliert laut, beschädigt Türen und Fenster und belästigt Mitbewohner. Der Vermieter kündigt ihm ao, möchte jedoch die soziale Härte sofortiger Obdachlosigkeit vermeiden und gewährt dem Mieter noch eine Frist von 14 Tagen.

Ist dies eine aoK, obgleich sie befristet ist? Kann der Vermieter aus wichtigem Grunde nur fristlos oder mit der langen vertraglichen ordentlichen Frist kündigen oder kann er zugunsten des Mieters die "mildere Maßnahme" der baoK als "Mittelting" wählen?

2. Eine Kleinbahngesellschaft ist genötigt, ihren Betrieb auf Kraftfahrzeuge umzustellen. Sie kündigt einem Lokomotivführer ao, dessen Arbeitsverhältnis wegen langjähriger Betriebszugehörigkeit nach Tarifvertrag nicht ordentlich gekündigt werden kann. Sie kann ihn aber nicht sofort entbehren, weil der Eisenbahnverkehr bis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch aufrechterhalten werden muß ¹⁾.

a) Ist die Gesellschaft verpflichtet, die aoK bis zum Tage, an dem der Eisenbahnbetrieb eingestellt wird, zurückzuhalten, weil eine aoK immer nur fristlos oder gar nicht ²⁾ erfolgen kann, oder kann sie die aoK befristen?

b) Gesetzt den Fall, die Gesellschaft kann die aoK befristen, indem sie dem Lokführer z. B. schon ein halbes Jahr vorher kündigt, damit sich dieser rechtzeitig nach einem anderen Arbeitsplatz umsehen kann. Der Lokführer hat die Gelegenheit, eine besonders günstige Arbeit anderswo zu übernehmen, jedoch unter der Voraussetzung, daß er die Arbeit sofort antritt; andernfalls geht ihm die Gelegenheit verloren. Ist der Lokführer verpflichtet, auf Verlangen der Gesellschaft während der vom Arbeitgeber gesetzten ao Frist noch auszuharren?

3. Ein ähnlicher Fall: Der Besitzer eines Tanzlokals hat mit einer 5-Mann-Kapelle einen auf drei Monate festbefristeten "Musiker-Vertrag" geschlossen. Nach drei Wochen kommt der Barbesitzer anlässlich eines wiederholten Streites unter den Musikern auf der Bühne zu der Überzeugung, daß wegen Schlechtleistung und mangels "Bühnendisziplin" eine weitere Zusammenarbeit mit der Kapelle bis zum Vertragsende nicht mehr zumutbar sei. Da aber Engagements derartiger Unterhaltungskapellen erfahrungsgemäß meistens bis zum Monatsende laufen, wäre es für den

1) vgl. BAG in AP Nr. 16 zu § 626 BGB

2) Hueck-Nipperdey aaO S. 539

Besitzer schwierig, wenn nicht unmöglich gewesen, mitten im Monat eine andere Kapelle zu bekommen. Eine mangelhafte Kapelle stellte nach seiner unternehmerischen Beurteilung immer noch ein geringeres Übel dar als gar keine Kapelle. Deshalb kündigte der Besitzer der Kapelle ao, aber befristet zum Monatsende. ^{2a)}

Kann der Besitzer die aoK sofort aussprechen, damit er sein aoK-Recht nicht verliert, und dennoch eine Frist bestimmen, während der beide Parteien sich nach einem neuen Vertragspartner umsehen können? Falls die Kapelle die Gelegenheit hat, eine besonders günstige Arbeit anderswo zu übernehmen, jedoch unter der Voraussetzung, daß sie die Arbeit sofort antritt (z. B. Eröffnung eines Lokals zu einem Feiertag). Ist sie verpflichtet, auf Verlangen des Besitzers die von ihm gesetzte ao Frist noch auszuhalten?

4. Ein Wirtschaftsprüfer (WP) und zwei Steuerberater (Stb) betreiben gemeinsam eine "Wirtschaftsprüfungs GmbH". ³⁾ Der geschäftsführende WP hat sich mit dem einen Stb zerstritten, so daß eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist. Daraufhin erklärt der WP seinen Austritt. ^{3a)} Da die beiden Stb die "Wirtschaftsprüfungs GmbH" nicht weiterführen dürfen, müßte die GmbH sofort aufgelöst werden. Der am Streit unbeteiligte Stb möchte aber den Untergang des Unternehmens auf alle Fälle vermeiden, zumal er bereits zum WP-Examen zugelassen ist.

Ist der WP verpflichtet, seinen Austritt aus wichtigem Grunde zu befristen und für eine gewisse Übergangszeit wenigstens zwecks Erfüllung formaler Voraussetzungen noch als Geschäftsführer-Gesellschafter in der GmbH zu bleiben?

5. Der Mieter einer Wohnung zahlt seine Miete monatlich. Die vertragliche oK-Frist beträgt drei Monate. Nach dem Tode des Mieters wollen seine Erben den Mietvertrag nicht fortsetzen. Sie machen deshalb von ihrem aoK-Recht gemäß § 569 BGB Gebrauch. Die Erben sind jedoch verpflichtet, dem Vermieter eine ao Übergangsfrist von mindestens einem halben Monat (§ 565 I 2, § 580 BGB) zu gewähren. Dies ist eine gesetzlich geregelte baoK für den Fall des Parteiwechsels.

2a) vgl. BAG in AP Nr. 12 und 39 zu § 626 BGB

3) Siehe "Wirtschaftsprüfungs-Ordnung" vom 24. 7. 1961 in BGBI I S. 1049, §§ 27 ff

3a) Das Institut des "Austritts" aus einer Kapitalgesellschaft ist zwar problematisch, jedoch in Rechtsprechung und Literatur bei sog. "personenbezogenen Kapitalgesellschaften" anerkannt. Wegen der Einzelheiten und Nachweise siehe unten C IV (insbes. 3)

II. Interessenkonflikt

Die Beispiele zeigen deutlich den Konflikt der Interessen, der in derartigen Fällen auftritt: Das Rechtsverhältnis kann mit der oK entweder gar nicht aufgelöst werden (Beispiel 2 und 3) oder die oK zwingt doch zu unzumutbar langer Fortsetzung des Rechtsverhältnisses (Beispiel 1, 4 und 5). Die normale aoK, die zur fristlosen Auflösung führt, wirkt dagegen zu abrupt und zu hart. Das heißt konkret: Entweder ist der Kündigende (Beispiel 2 b und 3) oder auch der Gekündigte (Beispiel 4) darauf angewiesen, daß der andere Vertragspartner wenigstens für eine ao Übergangszeit noch festgehalten wird, oder die Fortsetzung für eine derartige Übergangszeit liegt im Interesse des Gekündigten (Beispiel 1 und 2 b, erster Satz). Durch die starre Alternative, die aoK immer nur fristlos oder gar nicht zuzulassen, würden gerade jene Dsv.e am härtesten getroffen werden, bei denen das gegenseitige Vertrauen auf einen möglichst festen Dauerbestand durch Ausschluß einer oK (Beispiel 2), durch lange Fristen (Beispiel 1) oder durch bestimmte Dauer (Beispiel 3) geschützt werden sollte; je stärker sich die Parteien binden wollten, um so eher wäre eine fristlose Kündigung möglich. Dieses Ergebnis wäre "paradox". ^{3b)} Bei all den genannten Interessenkonflikten kann die baoK als "Mittelding" einen billigen Ausgleich schaffen.

III. Problemlage und Ziel der Arbeit

Die baoK ist ein im Arbeitsrecht besonders umstrittenes Rechtsinstitut. Der gegenwärtige Streitstand dieses Problems ist folgender:

1. Die herrschende Rechtslehre und die ständige Rechtsprechung des BAG ⁴⁾ halten es für zulässig, daß ein zur (unbefristeten) aoK Berechtigter statt fristlos auch unter Innehaltung einer Frist kündigen kann, weil dies die "mildere Maßnahme" sei.
2. Dagegen hat das BAG ⁵⁾ zum Ausdruck gebracht, daß weder eine Pflicht des Kündigungsberechtigten besteht, dem Gekündigten eine ao Frist zu gewähren, noch eine Pflicht des Gekündigten, gegen seinen Willen eine Befristung der aoK zu dulden. Als Begründung führt das BAG an, durch eine solche Befristung werde die Rechtssicherheit nicht mehr gewahrt.

3b) Hueck-Nipperdey S. 539; Hueck; Recht der OHG S. 209 Anm 5; Werner S. 23; BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB mit Anm von Hueck

4) Genaue Belege siehe unten A IV 2 und 3

5) In Bd. 4 S. 313 = AP Nr. 1 zu § 70 HGB ferner BAG Ur. v. 4. 6. 1964 - 2 AZR 346/63 in BB 1964 S. 845 = DB 1964 S. 1067

Die Rechtslehre hat jedoch verschiedentlich ⁶⁾ die Anerkennung einer solchen Pflicht gefordert. Diese wird in erster Linie mit Billigkeitserwägungen begründet. Besonders bedenklich ist hierbei die Unterscheidung zwischen "sehr wichtigen Gründen" (= sofortige) und "weniger wichtigen Gründen" (= baoK). Es ist verständlich, daß sich die Rechtsprechung von solchen Begründungen allein schwerlich überzeugen läßt.

Dennoch ist die Forderung der Rechtslehre berechtigt. Diese Arbeit unternimmt den Versuch nachzuweisen, daß die Forderung nach einer etwaigen Pflicht zur Innehaltung einer Frist bei aoK gerechtfertigt ist, daß sich diese Forderung auch rechtlich begründen läßt und daß die Bedenken wegen mangelnder Rechtssicherheit nicht durchgreifen. Schließlich werden noch die Anwendungsmöglichkeiten des allgemeinen Rechtsgrundsatzes für die baoK und ihre Grenzen bei den einzelnen Arten der Dsv. e untersucht werden.

IV. Die Behandlung der baoK in Gesetzen, Literatur und Rechtsprechung

1. Die Regelung in den Gesetzen (insbesondere im BGB und HGB)

a) Allgemeine Erkenntnisse zum Kündigungsrecht

Die Kündigung ist im Gegensatz zu anderen, ähnlichen Rechtsinstituten (Anfechtung, Rücktritt) nicht einheitlich und zusammenhängend, sondern durch eine Vielzahl von Einzelvorschriften in den verschiedensten Gesetzen geregelt worden.

Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist erstmals von Otto v. Gierke 1914 ⁷⁾ hervorgehoben und durch Gschnitzer ⁸⁾ auf die Dauerrechtsverhältnisse erweitert worden. Ohne den zusammenfassenden Begriff der Dsv. e konnte eine einheitliche Regelung der Kündigung nicht erfolgen.

6) Insbesondere Goetz HUECK in Besprechungen von Urteilen des BAG in AP Nr. 15 und 16 zu § 626 BGB, allerdings beschränkt auf die Pflicht des ArbGeb., eine ao Frist einzuhalten. Für eine Pflicht zur Befristung wohl auch ESSER; Schuldrecht § 83, 4c. Während NEUMANN-DUESBERG (Anm. zu BAG in AP Nr. 1 zu § 70 HGB) eine Pflicht des Kündigenden zur Befristung ablehnt, bejaht er eine Pflicht des Gekündigten, eine ao Befristung zu dulden. Vgl. ferner unten A IV 2.

7) Jher. Jb. Bd. 64 S. 355-411

8) Jher. Jb. Bd. 76 S. 322 ff, insbesondere S. 325

Schaubild

K = Kündigung
 ok = ordentliche K
 aok = außerordentliche K
 bf = befristet
 unbef = unbefristet
 bed = befristet
 V = „Verpflichteter“ (z.B. Vermieten, Darlehensgeber, Arbeitnehmer)
 B = „Berechtigter“ (z.B. Mieter, Besteller, Auftraggeber, Arbeitgeber)
 Gruppe : Siehe Einteilung der Dsue auf S.17

Gruppe III

Vermehrung	BGG-Ges.	OHG, KG, S.H.G.	S.H.G.
—	—	132, 134f	132, 134f
723 ^I , 724 ^a	—	—	—
723 ^{I-3} , 725 [133 ^I] 139 ^{II}	—	—	723 ^{I-3} , 725

Miete	Pacht	Leihe	Darlehen
ok { bf V 565 ^{I-III} , 580, 567 ^a , 566 unbf B —	595 ^I , 581 ^{II} /565 ^{II}	—	609 ^{I, II}
aok { unbf V — B 542 ^{I-3} , 544	—	609 ^{III}	—
— 569 —	581 ^{II}	605	—
bf V 549 ^I [569] 570	—	—	—
bed B 553 554 ^I	[581 ^{II} /569]	—	—
keine K V 550	581 ^{II}	—	—
B 537 ^I , 541	581 ^I	—	—

Gruppe II

Werk-K.	Dienstvertrag	H G B	Gew O.	Handw O.	Auftrag	Vermehrung
ok { bf V — B —	621 f, 623 ^{a, ns} , 624 ^a	66 67 ^{I-III} , 89, 92 ^{I-III} , 92 ^b	122, 133 ^{a, aa}	—	671 ^{a, aa}	—
unbf V — B 649 ^a	623 ^{a, ns} — 627 ^I	77 ^{II}	—	25 ^I	671 ^I	696 ^a
unbf V — B —	626 — 627 ^I 704 ^e	70, 71, 77 ^{III} , 89, 92 ^{II}	124, 124a, 133 ^{a, c} 123, 124a 133 ^{a, d}	25 ^{II, III} — 25 ^{I- (29)}	671 ^I 704 ^e	695 696 ²
aok { bf V — B —	—	72 ^I	—	—	—	—
bed V 643 B —	—	—	—	—	—	—
keine K V — B 633 ^{II} 634 ^I	—	—	—	—	—	—

Die Dsv.e unterscheiden sich von den einfachen Schuldverhältnissen durch die Art der geschuldeten Leistung⁹⁾ 10). Die einfachen Schuldverhältnisse verpflichten zur Erbringung einer einzigen Leistung und erlöschen durch Erfüllung (§ 362 BGB), sind also "verbrauchbar" 11). Die Dsv.e dagegen verpflichten zu einem fortgesetzten Verhalten für den Vertragszeitraum¹²⁾, beginnen erst durch den realen Vollzug, erlöschen nicht durch Erbringung von Einzelleistungen, sind also nicht verbrauchbar. Die Dsv.e sind im Vergleich zu den einfachen Schuldverhältnissen um eine Dimension reicher, nämlich um die Dimension der Zeit¹³⁾.

In dieser Dimension bedarf es einer Begrenzung, die entweder durch vorherige Zeitbestimmung oder aber - was hier alleine interessiert - durch Kündigung erfolgt. Die Kündigung ist damit ein selbständiges, auf die Dsv.e abgestimmtes Rechtsinstitut. Ihre Hauptfunktion liegt daher auf dem Gebiet, das bei den einfachen Schuldverhältnissen keine Rolle spielt¹⁴⁾. Außerdem übernimmt die Kündigung bei den Dsv.en Funktionen, die bei den einfachen Schuldverhältnissen von den Instituten Erfüllung, Rücktritt¹⁵⁾ und Anfechtung¹⁶⁾ erfüllt werden.

Die Kündigung steht im Spannungsverhältnis mehrerer Interessenlagen: Es widerstreiten nicht nur das Bestandschutzinteresse und das Auflösungsinteresse miteinander. Der Bestand von Dsv.en und deren ordnungsgemäße Auflösung sind vielmehr Fragen, die nicht selten auch die Interessen Dritter berühren.¹⁷⁾

9) Es kommt also weder allein auf die Zeitdauer an, wie Gierke aaO glaubte (vgl. auch Gschnitzer S. 350 f und Nehm S. 9 f), noch auf das personenrechtliche Element, wie Nikisch; ArbVertrag S. 39 ff hervorhob; vgl. die zu Recht korrigierende Kritik von Beitzke S. 9 ff

10) Wie hier; Erman-Goerke, 2. Aufl., Einl. zu § 241 Anm. 9 b; Esser, Schuldrecht § 20, 2; Nehm S. 5 f; Pieper S. 65

11) Gschnitzer S. 324

12) Siehe oben Anm. 10

13) Beitzke S. 20; Esser Schuldrecht § 20, 2

14) Beitzke S. 20

15) Pieper S. 75 ff, insb. S. 92; die oK = vertragliche Kündigung entspricht dem vertraglichen Rücktritt, die aoK = gesetzliche Kündigung entspricht dem gesetzlichen Rücktrittsrecht. Ferner Beitzke S. 20 im Vergleich zu S. 21

16) Das Anfechtungsrecht bleibt aufgrund der von der Kündigung unterschiedlichen Rechtsfolgen wahlweise neben dem Kündigungsrecht bestehen. Vgl. hierzu Hueck-Nipp. : I S. 145 ff; Beitzke S. 26; Molitor S. 23 ff mit Angaben der stRspr in Anm. 7

17) Man denke z. B. an den Gläubigerschutz, an die öffentlichen Probleme bei Obdachlosigkeit, Arbeitslosigkeit. Nur wenn auch diese öffentlichen Probleme berücksichtigt werden, können das Wesen des Dsv.es, das Bestandschutzinteresse und die davon abhängigen Lösungsmöglichkeiten richtig gewürdigt werden

b) Regeln für die (b-)aoK

Der Versuch, allein aufgrund der gesetzlichen Einzelvorschriften gemeinsame Regeln für die aoK aufzustellen, kann kaum Erfolg haben. Um überhaupt "allgemeine" Regeln zu gewinnen, soll folgende Dreiteilung der Dsv.e nach ihrem hauptsächlichen Leistungsinhalt vorgenommen und mit den Worten "Mietrecht", "Arbeitsrecht" und "Gesellschaftsrecht" - jeweils nicht im engen technischen, sondern im weiteren Sinne - bezeichnet werden:

Gruppe I: Beide Parteien verpflichten sich zu gegenständlichen Leistungen (z. B. **Miete: Sache/Zins**)

Gruppe II: Die eine Partei verpflichtet sich zu einer persönlichen Leistung, die andere zu einer gegenständlichen (z. B. **Arbeitsvertrag: Dienste/Entgelt**)

Gruppe III: Alle Beteiligten verpflichten sich zur Leistungsvereinigung, insbesondere zu persönlichen Leistungen (z. B. **Gesellschaft: Zusammenwirken für den gemeinsamen Zweck**)

Hat einer der Beteiligten keine Gegenleistung zu erbringen, so wird das Dsv nach der einseitigen Verpflichtung eingeordnet. Die Unentgeltlichkeit bildet also keine neue Gruppe, sondern nur Unterfälle.

Zwischen dieser grundsätzlichen Dreiteilung bietet die Vertragsfreiheit durch die gemischten Verträge vielfältige Abstufungen.

Zur Gruppe I: "Mietrecht"

Hier schützt das Gesetz das Bestandschutzinteresse insofern besonders stark, als ein allgemeines aoK-Recht grundsätzlich nicht gewährt wird.¹⁸⁾ Etwaige Mängel sollen durch Abmahnung beseitigt werden. Ansprüche auf Mietzinsfreiheit, Schadenersatz oder Verzugszinsen sollen einen Ausgleich für die Vertragsverletzung herbeiführen. Es soll also grundsätzlich die Kündigung erst angedroht werden, und zwar unter Voraussetzung, daß trotz Abmahnung während einer angemessenen "Warnfrist" keine Abhilfe geschaffen wird. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Verletzte fristlos kündigen. Nur in den Ausnahmefällen, in denen ein Interesse an Abhilfe wegfällt¹⁹⁾, hat der Mieter (Pächter) ein aoK-Recht.

18) Von einem etwaigen allgemeinen Kündigungsrecht aus § 242 BGB nach Treu und Glauben sei in diesem Abschnitt einmal abgesehen.

19) § 542 I 3 BGB sagt: "Wenn die Erfüllung infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat". Das Wort "Erfüllung" kann irreführen, wenn man an § 362 BGB denkt; vgl. oben A IV 1 a

Beim Vorliegen bestimmter Tatbestände gibt das Gesetz einzelne aoK-Rechte mit ordentlicher gesetzlicher Frist ²⁰⁾. Nur im Falle des § 544 BGB (Gesundheitsgefährdung) kann "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" gekündigt werden.

Die aoK-Rechte sind für Mieter (Pächter) und Vermieter (Verpächter) überwiegend unterschiedlich geregelt. Außerdem bestehen Unterschiede zwischen Miete und Pacht.

Bei vertretbaren Sachen (Darlehen) sieht das Gesetz kein aoK-Recht vor (streitig). Eine Sondervorschrift für die gesetzliche baoK enthält § 247 BGB bei überhohen Zinsen.

Die unentgeltlichen Verträge hat der Gesetzgeber stiefmütterlich behandelt. Er gibt lediglich dem Verleiher bei bestimmten Tatbeständen einzelne aoK-Rechte.

Das Gesetz unterscheidet bei dieser Vertragsgruppe (ao) Kündigungen "unter Einhaltung der gesetzlichen Frist" und "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist". Die letztere Kündigung hat in einzelnen Fällen eine vorherige Abmahnung zur Voraussetzung.

Zur Gruppe II: "Arbeitsrecht"

Diese Gruppe ist kündigungsrechtlich noch weniger einheitlich geregelt: Beim Arbeitsverhältnis ist eine aoK "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" entweder allgemein wegen wichtigen Grundes oder in einzelnen, tatbestandlich aufgezählten Fällen gegeben. Nur bei letzteren ergeben sich vereinzelt Unterschiede zwischen dem Kündigungsrecht des ArbN und des ArbG.

Bei der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung ist eine ordentliche Kündigung ("Widerruf") "jederzeit" möglich. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB erfolgt allerdings durch gerichtliche Entscheidung. Der Beauftragte erhält ein aoK-Recht wegen wichtigen Grundes für den Fall, daß er auf das oK-Recht verzichtet hat.

Ob der Werkvertrag überhaupt ein Dsv ist, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalles ab. Das Gesetz verweist vielfach auf die Vorschriften des Kaufes - das "klassische" Beispiel für ein einfaches, verbrauchbares Schuldverhältnis.

Beim Werkvertrag ist - wie bei Miete - ein aoK-Recht grundsätzlich nicht gegeben. Auftretende Schwierigkeiten sollen erst abgemahnt werden (§ 643; Beseitigung nach § 633 II BGB). Ferner kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit (ohne Einhaltung einer Frist) ordentlich kündigen.

20) Diese gesetzliche baoK hat nur zweitrangige Bedeutung. Denn sie wirkt nur dann als aoK, wenn die vertraglichen Fristen länger sind als die gesetzlichen

Bei der Verwahrung ist lediglich in § 696 Satz 2 BGB dem Verwahrer ein aoK-Recht aus wichtigem Grunde eingeräumt, wenn eine Verwahrungszeit bestimmt war.

Zur Gruppe III: "Gesellschaftsrecht"

Die etwas verschiedene Regelung der ao Auflösung ist hier teilweise aus dem Umstand zu erklären, daß der Gesetzgeber den einzelnen Personenvereinigungen unterschiedliche Dauerhaftigkeit zugedachte, und daß sie in unterschiedlicher Art der Öffentlichkeit gegenüberreten.

Für die ao Auflösung gilt als einheitliche Voraussetzung das Vorliegen eines "wichtigen Grundes". Bei der OHG und KG erfolgt die Auflösung statt durch Kündigung durch "gerichtliche Entscheidung" ²¹⁾. Ferner gilt im Gesellschaftsrecht die Besonderheit, daß am Verträge Nichtbeteiligte, nämlich Gläubiger eines Gesellschafters, unter bestimmten Voraussetzungen ein selbständiges aoK-Recht haben.

Eine klare Gegenüberstellung von unbaoK und baoK tritt nicht zu Tage. Lediglich das Kündigungsrecht des Gläubigers nach § 135, 161 II, 339 I 1 HGB ist gesetzlich befristet.

Ergebnis: Selbst diese Dreiteilung in Vertragsgruppen läßt kein einheitliches Bild der aoK erkennen, weder eine Regel ²²⁾, wann die aoK allgemein aus wichtigem Grunde und wann bei einzelnen Tatbeständen zulässig ist, noch wann die aoK "ohne" oder "unter Einhaltung der gesetzlichen (= ordentlichen) Kündigungsfrist" zugelassen wird. Die Kündigung ohne Einhaltung einer Frist setzt, wenn sie sich auf gegenständliche Leistungen bezieht, bisweilen eine Abmahnung voraus. Das Recht der Handelsgesellschaften weist die Besonderheit auf, daß die Auflösung nur durch Klage erreicht werden kann, ferner, daß am Verträge Nichtbeteiligte kündigen können.

2. Die baoK in der Literatur

a) Recht zur Befristung

Die rechtliche Möglichkeit, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statt fristlos auch mit Innehaltung einer gewissen Frist gekündigt werden kann, war von einzelnen Autoren schon früh erkannt und anerkannt worden, und zwar im Arbeitsrecht ²³⁾ und auch im Mietrecht ²⁴⁾. Diese Stimmen blieben aber teil-

21) Art. 125 des alten HGB kannte jedoch auch hier noch die echte Kündigung

22) Auch NEHM S. 3 f beklagt die Verschiedenartigkeit der Regelungen und spricht von einer "unerschöpflichen systemlosen Fülle".

23) COSACK 4. Aufl. (1898) S. 112 bis 7. Aufl. (1910) S. 90 f, ab der 10/11. Aufl. (1923) erwähnt er das "Mittelding" der baoK nicht mehr. EHRENBERG-SCHMIDT-RIMPLER S. 293 f. STAUB erst ab der 9. Aufl. (1912) § 70 Anm. 2 und 5

24) MITTELSTEIN 3. Aufl. (1913) § 36 Nr. 8 S. 257; ders. in Seuff. Bl. f. RA. 1911, S. 504-506. SCHÖLLER in Gruchot Bd. 46 (1902) S. 273 Note 68

weise unbemerkt. Denn Mitte der zwanziger Jahre ²⁵⁾ wurde die aoK als strittiges Institut des Arbeitsrechts zur Diskussion gestellt. Jedoch schreibt Einnatz ²⁶⁾ schon im Jahre 1934, die "herrschende Lehre" ²⁷⁾ nehme "zu Recht an, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes der Kündigende statt fristlos auch mit Innehaltung einer gewissen Frist kündigen könne". ²⁸⁾ Heute kann man von einer "einheitlichen Meinung" ²⁹⁾ sprechen.

b) Problemverwechslung: Befristung / Verwirkung

Bei den Autoren der früheren Zeit ist es allerdings nicht immer klar, ob sie das Problem der Befristung der aoK wirklich erkannt haben oder ob sie dieses Problem mit einem anderen verwechseln, bei dem es um die Verwirkung des aoK-Rechtes geht. Diese Zweifel erheben sich insoweit, als zum Problem der "Befristung" zwei Urteile des RG ³⁰⁾ zitiert werden. Diese Verwechslung dürfte durch das falsche Verstehen oder mißverständliche Anwenden der Präpositionen "per sofort", "für sofort" und "zu einem späteren Zeitpunkt" entstanden sein. Die Entscheidungen des RG sagen lediglich, daß auch noch in einem späteren Zeitpunkt (z. B. 11 Tage nach Eintritt des wichtigen Grundes ³¹⁾) das Recht besteht, den bereits Tage zurückliegenden wichtigen Grund gleichsam noch "nachzüglerisch" als Be-

25) v. KARGER in JW 1926 S. 39. BONDI in JW 1926 S. 535. HEIN in JW 1925 S. 185 ff

26) S. 3

27) S. 3 Anm. 8; "MOLITOR-HUECK-RIEZLER: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allg. Arbeitsvertragsgesetzes, 1925 S. 192; GSCHNITZER in Jher. Jb. Bd. 75 S. 390; BÜCHSEL: Der wichtige Grund im § 626 BGB, Diss. Köln 1931 S. 9"

28) Im wesentlichen ebenso; SCHWALBE S. 4, der noch OERTMANN, Arbeitsvertragsrecht S. 244 und HUECK, Kündigung und Entlassung, zitiert. RAUCHFUSS S. 6. WÜSTNEY S. 27

29) Eine Ausnahme bildet lediglich das - allerdings umfassendste - Werk über die Kündigung von MOLITOR (S. 299 f) im Anschluß an die ältere Rechtsprechung des RAG. Auch seine 2. Aufl. bleibt insofern veraltet, als sie die neuere Rechtsprechung unberücksichtigt ließ.

Für die einheitliche Meinung z. B.: PALANDT-GRAMM § 626 Anm. 2b; ERMANSCHOPP § 542 Anm. 5 und § 626 Anm. 4; STAUDINGER-WEBER § 242 A 735; STAUDINGER-NIPP. -M-N. § 626 Anm. 6, 7 und STAUDINGER-GEILER § 723 Anm. 36; SOERGEL § 626 Anm. 2; RGRK-PRITSCH § 542 Anm. 1e; BANDASCH S. 208 (§ 70 Anm. 8); PLASSMANN S. 26 f

30) in JW 1910 S. 117 und 1936 S. 2305 (2606). Beide Entscheidungen gehen leider nicht auf die Frage der Zulässigkeit der Befristung einer aoK ein

31) RG in JW 1910 S. 117

gründung für eine aoK zu benutzen. Die Geltendmachung muß innerhalb eines nach Treu und Glauben zu bestimmenden Zeitraumes seit Kenntnis erfolgen. ³²⁾ ³³⁾

c) Pflicht zur Befristung

Im Laufe der Diskussion um das Recht zur Befristung der aoK wurde vereinzelt ³⁴⁾ sogar gefordert, daß u.U. eine ao Frist gewährt oder innegehalten werden muß.

Die Frage, ob eine solche Pflicht besteht, ist gegenwärtig noch immer stark umstritten. Eine solche Pflicht sei zwar, so sagt die herrschende Meinung, aus sozialen Billigkeitserwägungen wünschenswert, aber aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. Am meisten hat sich Goetz HUECK ³⁵⁾ dafür eingesetzt, "daß der Arbeitgeber in bestimmten Fällen bei der aoK zur Einhaltung einer Frist sogar rechtlich verpflichtet sein kann". Auch HUECK-NIPPERDEY ³⁶⁾, MAUS ³⁷⁾, SCHLEGEL-BERGER-SCHRÖDER ³⁸⁾, ERMAN-KÜCHENHOFF ³⁹⁾ und STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN-NEUMANN ⁴⁰⁾ sind dafür. Entsprechendes läßt sich auch aus den Formulierungen von NIKISCH ⁴¹⁾, ESSER ⁴²⁾ und SCHLICKE ⁴³⁾ entnehmen, wenn auch

32) RAG in JW 1928 S. 1464, stRspr. Anderenfalls kann nachträglicher stillschweiger Verzicht angenommen werden oder die Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen; RAG in DR 1942 S. 988

33) Während in einigen Vorschriften (z. B. §§ 612, 24 II, 70 I 2, II 2, 96 II 1 VVG; 20 I 2 BMietG; 2 III MSchG) im Dienste erhöhter Rechtssicherheit eine Ausschußfrist ausdrücklich festgesetzt wird, muß sie in den meisten Fällen erst nach Treu und Glauben bestimmt werden. Es ist aber anzunehmen, daß grundsätzlich jede Geltendmachung einer aoK durch eine Ausschußfrist zeitlich begrenzt ist, auch wenn das Gesetz nichts sagt.

34) HEIN in JW 1925 S. 185 ff; STREMMER S. 70; LOSCHKE in DAR 1938 S. 61 ff

35) Anm. zu BAG in AP Nr. 15 und 16 zu § 626 BGB

36) S. 538; "Denkbar ist aber auch", daß der Kündigende "zur Innehaltung einer bestimmten Frist genötigt ist", "wenn der Kündigungsgrund nicht wichtig genug ist, um eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wohl aber um eine Auflösung nach einer gewissen Frist zu rechtfertigen".

37) S. 326 mit den gleichen engen Voraussetzungen wie HUECK-NIPP.

38) § 70 Anm. 3 aufgrund der "Treu- und Fürsorgepflicht"

39) § 626 Anm. 10 b B letzter Absatz

40) § 626 Anm. 6 und 7; Die aoK ist "möglich und erforderlich".

41) S. 731

42) § 83, 4 c

43) S. 75

nicht mit der gleichen Deutlichkeit. NEUMANN-DUESBERG ⁴⁴⁾ bejaht lediglich die Pflicht des Gekündigten, eine ao Frist zu dulden, wendet sich aber ausdrücklich gegen die Pflicht des Kündigungsberechtigten, eine ao Frist zu gewähren ⁴⁵⁾

3. Die baoK in der Rechtsprechung

a) Reichsgericht in Zivilsachen

Das RG hat in mehreren Entscheidungen zum Arbeitsrecht ⁴⁶⁾ und zum Mietrecht ⁴⁷⁾ anerkannt, daß trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes unter Einhaltung einer gesetzlichen oder vereinbarten Frist gekündigt werden kann. Die Rechtsprechung läßt sich teilweise von dem Gedanken leiten, daß der Kündigende das Recht haben müsse, sich z. B. nach einer anderen Arbeitsstelle oder Wohnung umzusehen, ohne aber des alten Vertragsverhältnisses verlustig zu gehen ⁴⁸⁾, teilweise davon, daß die Einhaltung einer Frist gegenüber der sofortigen Auflösung die "mildere Maßnahme" sei ⁴⁹⁾.

b) Reichsarbeitsgericht

Das im Jahre 1927 neugegründete RAG folgte der Rechtsprechung des RG und der Tendenz der Literatur lange Zeit nicht. Es vertrat vielmehr in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, die baoK sei nach geltendem Gesetzesrecht nicht zulässig. Da das Kündigungsrecht aber insoweit dispositiv sei, könne eine baoK vertraglich vereinbart werden. Nur für diese Ausnahme erkannte das RAG eine Befristung der aoK an. ⁵⁰⁾ Erst durch ein Urteil vom 16. 1. 1942 ⁵¹⁾ änderte das RAG seine Rechtsprechung: "Die aoK ist mit einer Frist jedenfalls dann zulässig, wenn in der Gewährung einer Frist nur oder zugleich ein Entgegenkommen gegenüber dem Arbeitnehmer liegt". Trotz dieser erheblichen Einschränkung ⁵²⁾ hat das Institut der baoK somit doch seine grundsätzliche Anerkennung gefunden.

44) Anm. zu BAG in AP Nr. 1 zu § 70 HGB

45) Dies ist m. E. inkonsequent, s. u. B II 1 b Anm. 10 (S. 20)

46) RG 56 S. 372 f (U. v. 22. 1. 1904); RG in Recht 1912 Nr. 396 (U. v. 5. 12. 1911); vgl. auch OLG Kiel U. v. 9. 7. 1903 in OLGR 7 S. 384 und OLG Braunschweig U. v. 15. 2. 1910 in LZ 1910 S. 699

47) RG 75 S. 354 (U. v. 1. 3. 1911); RG 82 S. 363 ff (373) (U. v. 6. 6. 1913); siehe auch OLG Frankfurt/M. in Recht 1910 Nr. 3737

48) RG 56 S. 372 f; OLG Frankfurt/M. in Recht 1910 Nr. 3737

49) RG in Recht 1912 Nr. 396

50) RAG in ARS 16 S. 480; 17 S. 257; 30 S. 87; 32 S. 33

51) in ARS 44 S. 121 ff

52) ebenso RAG in ARS 46 S. 25

c) Bundesarbeitsgericht

Die Rechtsprechung des BAG folgt im wesentlichen der des RAG. Das BAG betont: "Außerordentliche und fristlose Kündigung sind nicht identisch. Beim Vorliegen eines wichtigen Grundes bleibt es in der Regel dem Arbeitgeber überlassen, fristlos zu kündigen oder eine Frist zu bestimmen, mit deren Ablauf die außerordentliche Kündigung wirksam werden soll." ⁵³⁾ Das BAG erweitert jedoch die Zulässigkeit der Befristung auch auf den Fall, daß die Befristung allein im Interesse des kündigenden Arbeitgebers liegt. ⁵⁴⁾ Dagegen lehnt das BAG eine etwaige Pflicht zur Befristung ausdrücklich ab. ⁵⁵⁾

B.

Herausarbeitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für die ba o K

I. Interessenlagen bei der Auflösung von Dsv.en

1. Bestandsinteresse Dritter und Wandel der Interessenlagen

An dieser Stelle muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß der Bestand der Dsv.e und auch deren ordnungsgemäße Beendigung Fragen sind, die nicht immer allein die Vertragspartner betreffen. Nicht selten werden nämlich auch die Interessen Dritter berührt, seien es die Interessen der Gläubiger eines Vertragspartners, seien es die Interessen der Gemeinwesen an ungestörtem Fortbestand des Gemeinschaftslebens und an der Wahrung der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung". ¹⁾

⁵³⁾ in AP Nr. 1 zu § 626 BGB; siehe auch Nr. 16, 30 und 31; ferner in AP Nr. 1 zu § 123 GewO (Seite 3)

⁵⁴⁾ in AP Nr. 39 zu § 626 BGB; Barbesitzer (ArbGeb.) behielt die Kapelle bis zum Monatsende, weil er vorher eine andere Kapelle nicht engagieren konnte. Ein Mitglied der Kapelle hatte so schlecht gespielt, daß die Gesamtleistung der Kapelle dadurch unzulänglich wurde.

⁵⁵⁾ in AP Nr. 1 zu § 70 HGB (= BAG 4 S. 313) mit im wesentlichen zustimmender Anmerkung von NEUMANN-DUESBERG, Vgl. auch LAG Baden-Württemberg U. v. 3. 8. 1962 in DB 1962 S. 1379; ArbGeb. ist nicht verpflichtet, auf Befristung der aoK einzugehen. Ferner BAG U. v. 4. 6. 64 (s. o. Anm. 5)

1) Man denke z. B. an die Not, die durch plötzliche Obdachlosigkeit einer Familie heraufbeschworen wird, an die Arbeitslosigkeit, die den Arbeitsmarkt stört und auch die Existenz einer Familie in Frage stellen kann und damit öffentliche Probleme der Unterhaltshilfen aufwirft, für die die Gemeinschaft einstehen muß.

Nur wenn auch diese öffentlichen Belange berücksichtigt werden, können das Wesen des Dsv. es, das jeweilige Bestandschutzinteresse und die davon abhängigen Auflösungsmöglichkeiten richtig gewürdigt werden.

Ferner muß beachtet werden, daß die Interessen insbesondere am Bestandschutz - aber auch an der Auflösungsmöglichkeit - einem fortlaufenden Wandel unterworfen sind, Soziale, volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche und auch politisch Strukturwandlungen verändern oft die Abhängigkeit und die Machtstellung der einzelnen Vertragspartner oder der "Sozialpartner". Teilweise versucht der Gesetzgeber, den jeweiligen Situationen Rechnung zu tragen und dem Schwächeren erhöhten Rechtsschutz zu gewähren, ²⁾ Teilweise beeinflußt und begünstigt der Gesetzgeber aber auch bestimmte wirtschaftliche Entwicklungen. ³⁾

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 13:

- 1) Oder man denke an die wirtschaftlichen Probleme, die durch die plötzliche Auflösung von Gesellschaften, d. h. von Teilen des unternehmerischen Wirtschaftsgefüges verursacht werden können. Bisweilen werden solche Auflösungen sogar durch staatliche Hilfen vermieden. Mit der Betonung der Notwendigkeit einer sozialen Rechtsordnung werden im Zusammenhang mit der allgemeinen Bestandsschutzforderung im Arbeitsrecht die Sicherung des Arbeitsplatzes als wirtschaftliche Existenzgrundlage und im Mietrecht der Heimgedanke als Voraussetzung für die Entfaltung des Familienlebens hervorgehoben.
- 2) Noch ist bei dem bestehenden Mangel an preisgünstigen Wohnungen der Mieterschutz gegenwärtig wichtiger, während zwischenzeitlich für besondere Verhältnisse ein Vermieterschutz eingeführt worden war (vgl. die Gesetze vom 7. 4. und 14. 8. 1933, RGBl. I S. 187 und 581). Jedoch breitet sich abermals eine rückläufige Tendenz aus, die dieses Mal durch den Kapitalmarkt beeinflußt wird. So wirkt sich oft die Frage, ob Wohnraum durch freie oder steuerbegünstigte oder durch staatlich subventionierte Finanzierung erstellt wurde, auch auf die Verfügbarkeit und damit auf die Kündbarkeit aus. Beachte ferner den fortschreitenden Abbau des Mieterschutzes durch das 1. Wohnungsbaugesetz vom 24. 4. 1950, die Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. 11. 1951, das GRMG vom 25. 6. 1952, das 1. Bundesmietengesetz vom 27. 7. 1955 und das Gesetz vom 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 389)
- 3) Beachte die Dekartellisierungsvorschriften der Alliierten in der ersten Nachkriegszeit im Gegensatz zu den jetzt geltenden Vorschriften des Steuerrechts, die die vertikale und auch horizontale Betriebskonzentration durch besondere Vergünstigungen bei "Organschaftsverhältnissen", "Schachtelbeteiligungen" und "Unternehmereinheiten" fördern.
Auch das Gesellschaftsrecht ist durch die steuerliche Gesetzgebung beeinflußt: Vgl. z. B. das sog. "Umwandlungs-Steuer-gesetz" (Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften" vom 11. 10. 1957 BGBl. I S. 1713) und die zahlreichen Steuerbefreiungen und -begünstigungen bestimmter Wirtschaftskreise und -formen. Beachte auch die Doppelbesteuerungsprobleme, insb. bei sog. personenbezogenen und Familienkapitalgesellschaften

2. Interessenlagen der einzelnen Kündigungsarten

- a) Grundsätzlich haben die Parteien aller Dsv. e ein Interesse an fortwährender Vertragserfüllung, d. h. sie haben ein ordentliches Bestandschutzinteresse. Die Wahrung dieser Belange wird durch den Grundsatz "pacta sunt servanda" rechtlich geschützt.
- b) Die Parteien haben aber weiterhin ein Interesse daran, sich nicht "auf ewige Zeiten" zu Dauerleistungen zu verpflichten, d. h. sie haben ein ordentliches Auflösungsinteresse. Dieser Interessenwiderstreit wird dadurch gemildert, daß das Dsv unter Einhaltung einer ordentlichen Übergangsfrist aufgelöst werden kann, während der sich die Parteien an die veränderten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse anpassen können. Die Rechtsordnung trägt diesem Widerstreit zwischen ordentlichem Bestandschutzinteresse einerseits und ordentlichem Auflösungsinteresse andererseits durch das Institut der boK Rechnung.
- c) Es gibt jedoch Dsv. e, bei denen dieser Interessenstreit fehlt: Die speziellen Interessenlagen z. B. eines Arbeitsverhältnisses auf Probe (§§ 77 II HGB, 25 I HandwO), eines unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages aufgrund seines Wesens als Freundschaftserweisung (§ 671 I BGB), auch in den Fällen des § 675 und 627 BGB können ergeben, daß das ordentliche Bestandschutzinteresse entfällt. Da die Interessenlage eine ordentliche Übergangsfrist hier nicht erforderlich macht, läßt der Gesetzgeber in den genannten Fällen eine jederzeitige unbefristete oK zu.
- d) Tritt aber ein "wichtiger Grund" auf, der der einen Partei die Fortsetzung des Dsv. es bis zum Ablauf der ordentlichen Frist oder bestimmten Dauer unzumutbar macht, so zerstört der wichtige Grund das ordentliche Bestandschutzinteresse und begründet damit das ao Auflösungsinteresse. Dieser Interessenlage entspricht die Rechtsordnung durch das Institut der "fristlosen" = unbaoK.
- e) Die Interessenabwägung darf hier aber nicht gleichsam auf halbem Wege stehen bleiben. Vielmehr muß dem Gegensatzpaar ordentliches Auflösungsinteresse / ordentliches Bestandschutzinteresse das weitere Gegensatzpaar ao Auflösungsinteresse / ao Bestandschutzinteresse gegenüberstehen; Ebenso, wie es "wichtige Gründe" gibt, die ein ao Auflösungsinteresse begründen, kann es andere wichtige Gründe geben - die zum Zwecke der Unterscheidung "besondere Umstände" genannt werden sollen -, die ein ao Bestandschutzinteresse begründen. Während der Kündigungsberechtigte, der einen wichtigen Grund geltend macht, die Erbringung seiner vertraglichen Leistungen und die Annahme der Gegenleistungen grundsätzlich ab sofort verweigern kann, kann derjenige, der dem einen besonderen Umstand entgegensetzt, dennoch die Fortsetzung des Dsv. es und der Leistungen für eine ao Übergangszeit verlangen.

Aus dem jeweiligen Übergangsinteresse ergibt sich also die Antwort auf die Frage, wann die Auflösung des Dsv. es vollzogen werden soll und darf, und ob und wie die Kündigung - ordentlich oder ao oder gar nicht - zu befristen ist.

Vier Kombinationen von Interessenkonflikten sind hier also denkbar, gezeigt am Beispiel des Arbeitsverhältnisses:

	a) ArbGeb (Kündigender)	ArbNehmer (Gekündigter)	
1)	o	+	+ = wichtiger Grund
2)		+ o	o = besonderer Umstand
3)	+	o	
4)	+ o		

Diese Darstellung bedeutet in Worten ausgedrückt:

Der wichtige Grund tritt auf Seiten des

- 1) ArbN ein. Der ArbGeb kündigt hierauf ao befristet, weil er seinerseits einen besonderen Umstand geltend macht (z. B. der ArbN soll seinen Nachfolger in den Arbeitsbereich erst einweisen). Den ArbN trifft die Duldungspflicht;
- 2) ArbN ein. Ihm wird ao gekündigt, jedoch beansprucht er eine ao Frist, indem er einen besonderen Umstand geltend macht (z. B. besondere soziale Härten). Hier trifft den ArbGeb die Pflicht, sein (unbefristetes) aoK-Recht durch Befristung zu beschränken;
- 3) ArbGeb ein. Deshalb kündigt er dem ArbN. Dieser macht aber einen besonderen Umstand geltend. Daraufhin trifft den ArbGeb die Pflicht, seine unbefristete aoK ao zu befristen;
- 4) ArbGeb ein. Er kündigt dem ArbN ao, aber befristet, da er (ArbGeb) gleichzeitig einen besonderen Umstand geltend macht (vgl. oben S. 1 Beispielfall 2). Den ArbN trifft die Pflicht, die ao Befristung zu dulden.

Dieses Schema und die Beispiele zeigen also, daß sowohl auf Seiten des Kündigenden als auch auf Seiten des Gekündigten

entweder nur der wichtige Grund (Nr. 3a, 1b)

oder nur der besondere Umstand (Nr. 1a, 3b)

oder der wichtige Grund und der besondere Umstand (Nr. 4a, 2b)

oder keines von beiden (Nr. 2a, 4b)

vorliegen kann. ⁵⁾

5) Diese Vielzahl von Variationsmöglichkeiten ist keineswegs allgemein anerkannt. Am meisten sind oder waren die Fragen bestritten, ob der wichtige Grund auch auf Seiten des Kündigenden auftreten darf (vgl. z. B. BGH in NJW 1951 S. 836; OGHZ 1 S. 62 ff = NJW 47/48 S. 521; WEIPERT § 133 Anm. 19; DÜRINGER-HACHENB. § 133 Anm. 13) und ob die Befristung für den Gekündigten "lästig" sein, d. h. sich zu seinen Ungunsten auswirken darf (RAG in ARS 44 S. 121 ff

Aus dem Gezeigten folgt weiter: Liegen die besonderen Umstände auf Seiten des Gekündigten, so hat dieser Anspruch auf ao Befristung; entsprechend trifft den Kündigenden die Pflicht (nachträglich) Befristung zu gewähren. Liegen die besonderen Umstände auf Seiten des Kündigenden, so hat dieser Anspruch auf ao Befristung; entsprechend trifft den Gekündigten die Pflicht, diese Befristung zu dulden.

II. Rechtsgrundlage der baok

1. Die baok verstößt nicht contra legem

a) Die Gegenmeinung auf Grund des Wortlautes des § 626 BGB

Jede Legitimation setzt zunächst negativ voraus, daß das Gesetz dem Institut nicht widerspricht. Es wird aber teilweise behauptet, die baok sei contra legem. Entscheidend hierfür war vor allem die Formulierung des § 626 BGB. Sie lautet: "Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". Wie oben (A IV 3b) dargelegt, wurde diese Ansicht in langer ständiger Rechtsprechung vom RAG vertreten. Es las den § 626 BGB in der Weise, daß es die Worte "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" betonte. Dieser Wortlaut schließe die Gewährung einer aoK-Frist eindeutig aus. ¹⁾ Dies werde auch durch einen Vergleich mit den im Gesetz ausdrücklich befristeten Kündigungsrechten (z. B. in den §§ 549, 567, 570 BGB) bestätigt.

b) Widerlegung der Gegenmeinung auch durch Textinterpretation und durch Rück-schluß von der Zulässigkeit des Mehr auf die Zulässigkeit des Weniger

Die Formulierung des § 626 BGB läßt aber auch eine andere Auslegung zu, wenn man die Betonung auf ein anderes Wort legt: § 626 BGB sagt nämlich, das Dienstverhältnis "kann" ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden ²⁾.

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 16:

- 5) und ARS 46 S. 25; vgl. auch Anm. von Alfred HUECK zu BAG in AP Nr. 39 zu § 626 BGB); Der Gekündigte kann nach BAG (Bd. 4 S. 313 = AP Nr. 1 zu § 70 HGB mit im wesentlichen zustimmender Anm. von NEUMANN-DUESBERG) nicht gegen seinen Willen verpflichtet sein, eine aoK-Frist auszuharren.
- 1) So immer noch MOLITOR S. 299; vgl. auch HUECK-NIPP. S. 539
- 2) Vgl. die ähnliche Argumentation bei der Auslegung des § 276 BGB durch Betonung einerseits: Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit "zu vertreten" = Haftungs begründung; andererseits: Der Schuldner hat "Vorsatz und Fahrlässigkeit" zu vertreten = lediglich Haftungsumfang (so die neuere h. M.)

Fraglich könnte sein, ob sich das "kann" auf das Kündigen oder auf das "ohne Einhaltung einer Frist" bezieht. Das Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht wurde von ZITELMANN aaO als "Kann-Recht" ³⁾ charakterisiert. Diese ohnehin bekannte Tatsache, daß eine Pflicht zur Ausübung von Gestaltungsrechten grundsätzlich nicht besteht, sollte durch das Wort "kann" wohl nicht erst bestätigt werden. Viel sinnvoller ist es daher, die Wahlmöglichkeit des Könnens auf das Einhalten einer Frist zu beziehen. Hierfür spricht auch die Wortstellung. Ohne die Beziehung des Wortes "kann" zum Wort "kündigen" ausdrücklich ausschließen zu wollen, wird sich das Fakultative aber vornehmlich auf die Einhaltung einer Frist beziehen. Wenn der Kündigungsberechtigte also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wegen wichtigen Grundes kündigen kann, so wird ihm hierdurch eine Berechtigung eingeräumt. Die unbedingte Verpflichtung, auf alle Fälle keine (ao) Frist zu gewähren, ist bei dieser Lesart unhaltbar. ⁴⁾

Auch die anderen Gesetzeswortlaute zwingen nicht unter Ausschluß der baoK nur zur unbaoK:

§ 123 GewO: "Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne 'Aufkündigung' ⁵⁾ können Gesellen und Gehilfen entlassen werden". § 124 GewO enthält den gleichen Wortlaut zugunsten der Gesellen und Gehilfen. § 124a GewO sagt: "Außer den in §§ 123 und 124 bezeichneten Fällen kann jeder der beiden Teile aus wichtigen Gründen vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verlangen, ...". § 25 Abs. 2 HandwO lehnt sich eng an § 626 BGB an: "Nach Ablauf der Probezeit kann das Lehrverhältnis ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt." Das gleiche gilt für die §§ 70, 77 III 1, 89a I 1, 139 HGB, 723 I 3, 725 I, 737 Satz 1 BGB. Alle Formulierungen sind bloße "Kann-Bestimmungen". Die meisten sagen ferner: "Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit". Dieser Wortlaut ist derart offen, daß damit nicht gesagt wird, wann das Verhältnis "vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit" aufzuhören hat. Aus ihm läßt sich nicht entnehmen, daß das Verhältnis notwendig sofort ("fristlos") enden muß, so daß durchaus die Möglichkeit einer Befristung offen bleibt.

3) Im Gegensatz zu den "Soll"- und "Darf-Rechten"

- 4) Mit der gleichen "Kann-Begründung" widerlegt auch das LAG Kiel im Urteil vom 5. 11. 1949 in AP 1950 Nr. 178 das RAG
- 5) Maus S. 279: "Offensichtlich erscheint dieser Begriff in den erwähnten Vorschriften in der Bedeutung einer Ankündigung oder Anzeige von der bevorstehenden Auflösung des ArbVerh., wobei jedoch die Beendigung nicht kraft einer in der Ankündigung enthaltenen rechtlich anerkannten Willenserklärung, sondern durch die Tatsache des gemäß der Aufkündigung auch wirklich erfolgenden 'Austritts aus der Arbeit' herbeigeführt wird. Die Aufkündigung ist hiernach eine Voraussetzung der Auflösung, während die wirkliche Beendigung erst durch einen weiteren Akt, den Rechtsänderungsakt des 'Austritts aus der Arbeit' erfolgt."

Eine weitere Gruppe von Formulierungen läßt das Wort "Frist" überhaupt unerwähnt und bestimmt einfach: "Ist die Zeitdauer (der Gesellschaft) bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt" (§ 723 I 2 BGB), § 133 I HGB: "Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für die Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". Diese Vorschriften geben also das Recht, "vor dem Ablaufe" der ordentlichen Frist oder Dauer das Verhältnis aufzulösen. Auch aus diesem Wortlaut kann nicht der Zwang hergeleitet werden, die Auflösung immer nur sofort, also fristlos herbeizuführen.

Die Untersuchung der einschlägigen Bestimmungen, die eindeutig ein unbaoK-Recht geben, führt zu dem Ergebnis, daß aus dem Wortlaut nicht zwingend negativ gefolgert werden kann, die baoK sei ausgeschlossen. Also ist das Rechtsinstitut der baoK nicht contra legem.

Ferner spricht für das hier vertretene Ergebnis noch folgende Gedankenführung: Die vier bekannten Kündigungsarten - boK, unboK, unbaoK, baoK - sind nur modifizierte Erscheinungsformen des einheitlichen Rechtsinstitutes "Kündigung" ^{5a)}. Sie haben alle dieselben, für den Begriff Kündigung notwendigen Begriffsmerkmale als gemeinsame Grundlage. Die unbaoK und die baoK unterscheiden sich - im Hinblick auf die Rechtsfolgen - nur in dem Zeitpunkt, zu dem sie das Dsv auflösen. Das Gestaltungsrecht, ein Dsv mit der einschneidenden Maßnahme der unbaoK zu beenden, ist aber nicht in dem Sinne zwingend, daß der Kündigungsberechtigte verpflichtet wäre, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes dieses Recht auszuüben ⁶⁾. Ebenso wie der Kündigungsberechtigte nach freiem Willen die Ausübung seines Gestaltungsrechtes ganz unterlassen kann, muß er auch berechtigt sein, sein Gestaltungsrecht insofern nur "teilweise" auszuüben, als er ein "Mittelding" zwi-

5a) Die Kündigung ist ein einseitiges, verfügendes, empfangsbedürftiges aber nicht annahmbedürftiges, formloses Rechtsgeschäft, das ein zwei- oder mehrseitiges Dsv frühestens im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung oder zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt auflöst, vorausgesetzt, daß das Dsv vor oder in dem besagten Zeitpunkt nicht schon aus einem anderen Grunde sein Ende gefunden hat. (Mit dieser Begriffsbestimmung soll kein Definitionsstreit angefacht werden, zumal er in diesem Zusammenhang entbehrlich ist und die Formulierung ohnehin in den hier wesentlichen Merkmalen mit der hM inhaltlich übereinstimmt; Statt aller: MOLITOR S. 1; GSCHNITZER 76 S. 331)

6) H. M., statt vieler: ERMAN-KÜCHENHOFF § 626 Anm. 4. Weiter ausführend MOLITOR S. 71 f; vgl. auch oben zu Anm. 3

schen sofortiger Vertragsbeendigung und ordentlicher Auslauffrist wählt, indem er zwar ao, aber unter Einhaltung einer Frist kündigt. ⁷⁾ Wer aber Inhaber eines Vollrechtes ist, wird grundsätzlich stets berechtigt sein, seine Rechtsposition nur teilweise zu nutzen. ⁸⁾ Denn die Zulässigkeit des Mehr bedeutet gleichzeitig die Zulässigkeit des Weniger.

Etwas anderes gälte erstens dann, wenn ein Recht gleichzeitig mit einer Verpflichtung untrennbar verbunden ist. ⁹⁾ Das ist aber bei dem "abstrakten" Gestaltungsrecht der Kündigung als einseitigem Rechtsinstitut nicht der Fall.

Zweitens ist die "lediglich" teilweise Ausnutzung eines Kündigungsrechtes dann unzulässig, wenn die sogenannte mildere Maßnahme nur als Deckmantel vorgeschoben wird. Das ist der Fall, wenn der Kündigungsberechtigte die ao Übergangszeit zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Gekündigten ausnutzen will. Denn eine Befristung der aoK ist für den Gekündigten keinesfalls stets eine Wohltat. Sie kann ihm sogar schwere Nachteile bringen; z. B. wenn der gekündigte ArbN Gelegenheit hat, sofort eine neue bessere Stellung zu finden; diese günstige Gelegenheit ginge ihm durch eine befristete Fortdauer des alten Arbeitsverhältnisses verloren (vgl. oben S. 1 Beispielfall 2b und 3). Hier "beschränkt" der Kündigungsberechtigte sein "Vollrecht" in Wahrheit gar nicht. Deshalb kann in solchen Fällen die Pflicht, dennoch die Frist lang auszuharren, nicht mehr mit dem Gedanken nur teilweiser Ausnutzung des aoK-Rechtes oder gar mit dem Gedanken der "milderen Maßnahme" begründet werden. ¹⁰⁾ Vielmehr kann eine solche Pflicht nur auf Grund einer Rechtsnorm abverlangt werden. Aus dieser Erkenntnis folgt die Notwendigkeit, eine die baoK legitimierende Rechtsnorm zu suchen. Eine solche zu finden, wird Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

7) Über dieses Ergebnis besteht im wesentlichen Einigkeit. Als Begründung wird aber durchweg lediglich angeführt, die baoK sei als "mildere Maßnahme" (vgl. auch oben A IV 3a) dem Gekündigten stets angenehm. Dem ist aber nicht stets so; siehe aber übernächsten Absatz des Textes.

8) Vgl. auch PIEPER S. 78

9) Z. B. ist ein Pächter zur Nutzung regelmäßig nicht nur berechtigt, sondern insoweit auch verpflichtet, als dies zur ordnungsgemäßen Erhaltung des Gegenstandes notwendig ist. Vgl. auch § 586 BGB.

10) Deshalb ist es m. E. inkonsequent, wenn NEUMANN-DUESBERG in seiner Anm. zu BAG in AP Nr. 1 zu § 70 HGB einerseits dem BAG zustimmt, daß eine Pflicht des Kündigungsberechtigten, eine ao Frist zu gewähren, nicht bestünde, aber andererseits dem BAG entgegentritt und behauptet, es bestände sehr wohl eine Pflicht des Gekündigten, eine vom Kündigenden bestimmte Frist einzuhalten. Eine Begründung, worauf er diese Pflicht des Gekündigten stützt, gibt NEUMANN-DUESBERG leider nicht.

2. Legitimierungsversuche in der Literatur

a) "Sehr wichtige" und "weniger wichtige Gründe" nach Billigkeit

Soweit in der Literatur eine Pflicht zur Innehaltung einer ao Frist bei der aoK aus wichtigem Grunde anerkannt wird, versucht man allgemein, diese Pflicht allein aus dem Begriff der "Unzumutbarkeit" herzuleiten, ohne eine brauchbare nähere Konkretisierung zu bringen. Meistens unterscheidet man lediglich quantitativ zwischen wichtigen Kündigungsgründen, die "zwar nicht wichtig genug sind, eine sofortige Auflösung des Vertrages zu begründen, wohl aber um eine Auflösung nach Ablauf einer gewissen Zeit zu rechtfertigen" ¹¹⁾, Andere sprechen von Lösungsgründen, die "weniger schwerwiegend" ¹²⁾ oder "nicht schwer genug" ¹³⁾ oder nicht "so triftig" ¹⁴⁾ sind. Herschel ¹⁵⁾ bemüht sich, eine qualitative Unterscheidung herauszuarbeiten, indem er zwei Grade von Unzumutbarkeit abgrenzt: die absolute und relative Unzumutbarkeit. ¹⁶⁾

Diese Klassifizierung der wichtigen Gründe in "absolute" oder so zu nennende "sehr wichtige" Gründe, die zur fristlosen aoK berechtigen, kann jedoch nicht überzeugen und befriedigen und auch nicht die Bedenken wegen Rechtssicherheit beseitigen. Eine solche Einteilung müßte sich in einer unkontrollierbaren Kasuistik - um nicht Willkür zu sagen - verlieren, bei der die ganz auf den Einzelfall abgestellte "Billigkeit" der einzige Anker wäre, der aber bei genauerer Untersuchung seinerseits keinen festen Boden greift. Daher ist es richtig, wenn ERMAN-KÜCHENHOFF ¹⁷⁾ feststellt: "Das Gesetz kennt keine Zwischenstufen zwischen ordentlicher

11) HUECK-NIPP, I S. 538; STAUDINGER-NIPP-M-N Anm. 7 zu § 626; vgl. auch SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER § 70 Anm. 3 und STREMMER S. 70

12) LOSCHKE S. 64

13) MAUS S. 326

14) NIKISCH S. 731

15) HERSCHEL S. 58 f

16) "Eine absolute Unzumutbarkeit liegt dort vor, wo einem Menschen etwas an-
gesonnen wird, das ganz gegen die guten Sitten verstößt, was in jedem Falle
seine Würde als Person kränkt, was ihn seiner naturrechtlichen Freiheit be-
raubt, was mit seiner Stellung im Volksganzen schlechterdings unvereinbar
ist, was unserer ethischen und juristischen Ordnung widerspricht, kurz was vor
dem Recht keinen Bestand haben kann". Bei der relativen Unzumutbarkeit ist
das Angesonnene nach Herschel aaO nur unter Berücksichtigung der gerade zwi-
schen den Beteiligten wirksamen (oder auch unwirksamen) Rechtsgestaltung un-
zumutbar, etwa aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben, aufgrund der
"überobligationsmäßigen Schwierigkeiten" oder aufgrund des Fortfalles der Ge-
schäftsgrundlage.

17) § 626 Anm. 5

und außerordentlicher Kündigung und keine Abstufung des wichtigen Grundes. Sie einzuführen, würde die Rechtssicherheit gefährden." Deshalb werden diese bisherigen Abgrenzungsversuche in der Literatur als unzulänglich abgelehnt.

b) Legitimierung durch Rechtsgedanken aus § 254 BGB

Früher wurde in der Literatur teilweise die wenig publik gewordene Meinung vertreten¹⁸⁾, das als wünschenswert erkannte Ergebnis der *aoK* könne mit dem im § 254 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken legitimiert werden, und zwar auf dem Umwege, daß den *ArbGeb* für die Dauer einer Kündigungs- (Übergangs-) Frist die Pflicht treffen solle, den Lohn weiter zu zahlen.

WERNER¹⁹⁾ lehnt die Heranziehung des § 254 BGB lediglich mit der Begründung ab, daß diese Vorschrift nur auf Schadensersatzansprüche Anwendung finde. "Der Anspruch auf Lohnzahlung für die Dauer der Kündigungsfrist im Fall der fristlosen Entlassung ist aber (gemäß § 615) auf Vertragserfüllung gerichtet". "Der sich aus dem Annahmeverzug des Arbeitgebers ergebende Anspruch hat jedoch im § 615 BGB eine endgültige und erschöpfende Regelung gefunden".^{19) 20)} Zwar ist es richtig, daß der Weg über den Lohnzahlungsanspruch nicht zu einer Befristung der *aoK* führen kann. Jedoch scheint WERNER in diesem Zusammenhang das Wesen des § 254 BGB zu verkennen.

§ 254 BGB enthält als allgemeinen Rechtsgrundsatz die Interessenabwägung in Form einer Haftungskompensation²¹⁾. Ein gewisser haftungsrechtlicher Gedanke spielt hinsichtlich der gegenseitigen Vertragserfüllung und Vertragstreue aber auch bei der *aoK* mit.²²⁾ Ferner geht es sowohl bei der *aoK* als auch bei dem Rechtsgrundsatz aus § 254 BGB nicht um den Grund eines Rechts. Denn § 254 BGB setzt das Vorliegen einer Anspruchsgrundlage bereits voraus und regelt nur den Umfang des An-

18) Zitiert nach WERNER S. 24: "KALLEE (GewKfmG 31/413 und ArbKartei "Wichtiger Grund", Einzelfälle 42. Anm); SPEITEL: DArbR 1939 S. 34 ff; PRIEBE: GewKfmG 31/240; BONDI: GewKfmG 24/183"

19) S. 24

20) Ausführlich zu dieser Frage KELLER aaO, der sich mit den Lehrmeinungen und mit der Rspr auseinandersetzt. Keller glaubt das Problem mit der Unterscheidung zu lösen, daß § 324 I und § 615 BGB lediglich formell-rechtlich Erfüllungsansprüche geben. Wirtschaftlich betrachtet und damit materiell handele es sich hierbei aber um Schadensersatzansprüche. Deshalb sei § 254 BGB doch anwendbar.

21) Dagegen nicht lediglich eine Kausa- oder Verschuldenskompensation, wie oft fälschlich angenommen wird. Ausführlich hierzu ESSER § 64, insb. 1-5

22) Man denke z. B. an die Sphärentheorie zur Verteilung des Betriebsrisikos.

spruches. Ähnlich setzt die aoK das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Entstehung des aoK-Rechtes voraus und regelt nur den Umfang des Auflösungsanspruches (mit oder ohne Frist). Insoweit wäre also die Anwendung des Rechtsgrundsatzes aus § 254 BGB zugunsten einer Befristung der aoK durchaus zu erwägen. Gegen die Anwendung spricht jedoch der maßgebende Unterschied beider Rechte: Bei § 254 BGB geht es um die besondere Ausgestaltung einer einzelnen schuldrechtlichen Forderung, die ein Gläubiger gegen seinen Schuldner geltend machen kann; diese Voraussetzungen sind bei der Frage der Befristung der aoK weder erforderlich noch ausreichend. Vielmehr handelt es sich hierbei um die Art und Weise der Ausübung eines Gestaltungsrechtes hinsichtlich der Auflösung eines Dsv. es. ²³⁾

Da der allgemeine Rechtsgrundsatz einer Haftungskompensation aus § 254 BGB einen Anwendungsfall des § 242 BGB darstellt ²⁴⁾, ist eine noch weitere Ausdehnung dieses besonderen Unterfalles auf die vorliegenden Probleme nicht angängig. Man müßte dann schon auf den § 242 BGB selbst zurückgreifen. Das soll im folgenden noch geschehen.

3. Legitimierungsversuch des Verfassers

a) Allgemeiner Rechtsgrundsatz

Mit der Unterwerfung des Richters unter das Gesetz läßt sich die hier angestrebte Weiterentwicklung des Rechts nur vereinbaren, wenn sie nicht verbindungslos als bloßer Gedanke über dem Gesetz schwebt, sondern wenn sich beide verschmelzen lassen. Dies eben ist der Schlüssel zur wirksamen Neubelebung erstarrter Gesetznormen und zur Einordnung der sozialen Erkenntnisse: Die Herausschälung des Rechtsgedankens ²⁵⁾. Ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz vermag die nahtlose Verbindung zwischen Gesetzesnorm und Sozialphänomen herzustellen. Wenn man sich also "entschließt, von dem System einer Kodifikation abzugehen und die 'sozialen Verhältnisse ins Auge zu fassen, wie sie sich bisher entwickelt haben', kann man diese Interessenkonflikte nicht ohne Rückhalt an einem der neuen Gesamtordnung zugehörigen Rechtsgrundsatz beurteilen". ²⁶⁾

Die Interessenabwägung, die der baoK zu Grunde liegt, beruht auf dem hier entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsatz, der tatbestandlich definiert zu lauten hätte:

23) Dies erkennt auch KELLER aaO (siehe auch oben Anm. 20)

24) ERMAN § 254 Anm. 1

25) ESSER S. 243, 248

26) ESSER S. 243 und RG 102 S. 272 (275)

Begründet ein "wichtiger Grund" das Recht zu sofortiger Auflösung des Dsv. es, steht dem aber ein "besonderer Umstand", der ein außerordentliches Bestandsinteresse begründet, gegenüber, so ist das Dsv erst nach Ablauf einer außerordentlichen Übergangszeit zu beenden (befristete außerordentliche Kündigung).

Wie sich dieser allgemeine Rechtsgrundsatz wahrlich "nahtlos" in das System der Gesetzesnormen einordnet, zeigt folgende schematische Darstellung der einzelnen Kündigungsarten:

boK : <u>ord.</u> Auflös.- interesse <u>ord.</u> Bestands- interesse	unboK : ord. Auflösungs- interesse (Bestandsinter- esse entfällt)
baoK : <u>ao.</u> Auflös.- interesse <u>ao.</u> Bestands- interesse	unbaoK : ao. Auflösungs- interesse (Bestandsinter- esse entfällt)

Gesetzeslücke

Diese Darstellung zeigt, daß dem ordentlichen Auflösungsinteresse grundsätzlich das ordentliche Bestandsinteresse gegenübersteht (boK). Ferner gibt es sowohl beim ordentlichen als auch beim ao Auflösungsinteresse Fälle, bei denen jegliches Bestandsinteresse entfällt. Hier bliebe die Interessenabwägung aber so zu sagen auf halbem Wege stehen, wollte man nicht neben der Kombination ordentliches Auflösungs- und Bestandsinteresse zusätzlich die Kombination außerordentliches Auflösungs- und auch Bestandsinteresse anerkennen (baoK). ²⁷⁾

In der Literatur findet sich bisweilen die Meinung ²⁸⁾, eine Rechtsentwicklung und ein neues Rechtsinstitut sei schon hinreichend fundamentierte, wenn man hierfür einen solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz gefunden hat. Ob eine solche Ansicht, die sich mit einer derartigen "juristischen" Begründung begnügt, richtig ist oder nicht, braucht hier erst dann geprüft zu werden, falls eine weitere Verankerung in

27) Diese Einordnung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der baoK "entspricht ganz dem problemgebundenen Denken im 'offenen' System" der Rechtsnormen im Gegensatz zur "Lückenlosigkeit des Gesetzes" (siehe ESSER, Grundsatz und Norm S. 246)

28) So die "Freirechtslehre" (insb. Ernst FUCHS, Georg GMELLIN, Hermann ISAY, KOHLMANN), ihr heute noch nahestehend SIMITIS aaO

unserer geltenden Rechtsordnung scheitern sollte. Im folgenden wird deshalb zu untersuchen sein, ob und gegebenenfalls wie die baoK legalisiert werden kann, z. B. durch einen Analogieschluß:

b) Analogie

Da das Gesetz die baoK nur in vereinzelten Vorschriften vorsieht, ist nunmehr zu prüfen, ob aus diesen Vorschriften in analoger Anwendung ihres gemeinsamen Rechtsgedankens die baoK als allgemeingültiges Rechtsinstitut, wie es angestrebt wird, hergeleitet werden kann.

aa) Gesetzeslücke

Das Gesetz enthält eine Anzahl von Vorschriften, die das gesetzliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde regeln, sei es in Form einer Generalklausel, sei es durch Nennen einzelner Tatbestände. Insbesondere die Untersuchungen unter B II 1 haben gezeigt, daß das Gesetz die baoK weder ausdrücklich ausschließt, noch daß es einen ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Befristung der aoK gibt. Das Gesetz läßt die Frage der baoK somit im großen und ganzen offen. Denn der Gesetzgeber hat teils "den Lebensachverhalt infolge ungenügender Rechtstatsachenforschung übersehen", teils hat "die fortlaufende Entwicklung des Lebens soziale Erscheinungen gebildet, die bei der Gesetzgebung noch nicht vorhanden und nicht voraussehbar gewesen sind" ²⁹⁾. Es besteht also eine echte Gesetzeslücke ³⁰⁾ für die Fälle, die auf den ersten Blick nur die unbaoK berücksichtigen. Hier bietet sich damit ein freies Feld an, das einer Ausfüllung mit genauerem rechtlichen Inhalt durch Analogieschluß zugänglich ist.

bb) Argumentum e contrario

Dieses Schweigen des Gesetzes könnte aber auch ein bewußtes sein. In diesem Fall müßte ein argumentum e contrario zu dem Ergebnis führen, daß nicht ein echtes Vakuum vorliegt, sondern daß dieses Schweigen negativ als Ablehnung des Institutes der baoK zu werten ist.

Eine solche Ablehnung der baoK durch bewußtes Schweigen konnte der Gesetzgeber aber nicht gewollt haben. Wie oben unter A IV 1 schon ausgeführt, konnte der Gesetzgeber des BGB noch gar nicht von einem klaren System des Kündigungsrechts allgemein und den einzelnen besonderen Kündigungsarten ausgehen, weil damals

29) BARTHOLOMEYCZIK S. 82. Vgl. auch oben A IV 1 und B I 1

30) Also eine "eigentliche Lücke als Normlücke" im Gegensatz zur "uneigentlichen als Entscheidungslücke"; vgl. BARTHOLOMEYCZIK S. 83. Diese sachliche Unterscheidung wird schon von ZITELMANN aaO getroffen und vom RG (162 S. 147 ff) anerkannt.

die begrifflichen Voraussetzungen in der heutigen Klarheit noch nicht bekannt waren. Der Gesetzgeber schien zunächst von dem Schema ausgegangen zu sein, daß jede oK befristet sei und jede Kündigung aus wichtigem Grunde "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" erfolge, daß also jede oK befristet, jede aoK unbefristet sei. Daß sich diese starre Einteilung aber nicht halten läßt, kann schon aus dem Gesetz selbst, d. h. aus dem zum Ausdruck gekommenen Normwillen des Gesetzgebers widerlegt werden. Auch die soziale Weiterentwicklung, die sich damals schon weitgehend angebahnt hatte und schon auf die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen befristeter und unbefristeter aoK hätte hinweisen können, wurde vom Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB nicht berücksichtigt. Denn die "versponnene Gelehrsamkeit abseits der eigenen Welt und ihrer Fragen" hatte für jene Entwicklungen kein Empfinden ³¹⁾.

Wegen dieses Mangels an System und dessen Einarbeitung in die einzelnen Arten der Dsv. e kann auch nicht gesagt werden, der Gesetzgeber habe bewußt nur in den geregelten einzelnen Fällen das Institut der baok gelten lassen und darüber hinaus ausschließen wollen. Wollte man sich doch dieses Umkehr-"Beweises" bedienen, so würde man dem Gesetzgeber Gedanken unterstellen, die er nachweisbar noch nicht gehabt hatte, weil sie das Ergebnis erst späterer wissenschaftlicher Erkenntnisse wurden. ³²⁾

Eine abschließende Regelung, die den Gegenteilschluß begründet, hat der Gesetzgeber also nicht vorgenommen. Mit dieser Feststellung einer eigentlichen Normlücke ist der Weg zur Analogie geebnet. ³³⁾

cc) Gemeinsamer Obersatz

Der nächste "Schritt auf dem Wege zum Analogieschluß ist der, aus dem rechtspolitischen Zweck eines gesetzlich geregelten Tatbestandes einen analogen Obersatz zu gewinnen, aus dem sich die positive Regelung des Gesetzes als Untersatz ebenso ableiten ließe, wie sich die Entscheidung des gesetzlich nicht geregelten Falles ableiten läßt". ³⁴⁾

Die hierzu erforderliche Herausarbeitung der rechtspolitischen Zwecksetzung (ratio legis) der positiven Rechtssätze führte zu dem Gedanken der "außerordentlichen Übergangszeit". "Die weitere Herausarbeitung der tragenden Grundsätze

31) BOEHMER S. 133: "Während sich schon das Schicksal von Millionen deutscher Handwerker und Arbeiter erfüllte, dozierte man anhand römischer Juristen über Dienst- und Werkmiete".

32) So die Herausarbeitung des Begriffes des "Dauerschuldverhältnisses" im Jahre 1914 durch GIERKE, vgl. oben A IV 1 a

33) BARTHOLOMEYCZIK S. 92

34) BARTHOLOMEYCZIK S. 83

dieser Zwecksetzung" 35) ergab den allgemeinen Rechtsgrundsatz der baoK, wie er nach der Art eines gesetzlichen Tatbestandes oben formuliert wurde:

"Begründet ein 'wichtiger Grund' das Recht zu sofortiger Auflösung des Dsv. es, steht dem aber ein 'besonderer Umstand', der ein ao Bestandsinteresse begründet, gegenüber, so ist das Dsv erst nach Ablauf einer ao Übergangszeit zu beenden (= baoK)".

Dieser Tatbestand stellt gleichzeitig den gemeinsamen Obersatz dar. Da aber für diesen Rechtsgrundsatz allgemeine Geltung angestrebt wird, wird damit der analoge Obersatz nicht als bloßes methodisches Hilfsmittel der Rechtsfindung benutzt, sondern dient zur echten Normregelung aus Anlaß konkreter Fallentscheidung. 36)

dd) Ausnahmecharakter der gesetzlichen baoK-Rechte

Eine genauere Betrachtung der einzelnen gesetzlichen Vorschriften der baoK-Rechte verdeutlicht, bei welchen Sachverhalten die baoK vorgesehen ist:

Wenn der Miet- oder Pachtvertrag das Nießbrauchsrecht überdauert (§ 1056 BGB; diesem Tatbestand verwandt sind ferner §§ 1423 a. F., 1663 a. F. 2135 BGB, 57a ZVG, 37 III WEG, 30 ErbbVO, 70 VVG, 596 BGB), also bei Parteiwechsel.

Wenn dem Mieter die Untervermietung verweigert wird (§ 549 I 2 BGB).

Wenn ein Beamter dienstlich versetzt wird (§ 570 BGB).

Wenn über das Vermögen einer Person das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird (§§ 19, 22 I KO, 51 II VglO).

Wenn der Versicherungsnehmer seine Obliegenheiten gegenüber dem Versicherer ohne Verschulden verletzt hat (§§ 6 I 2 a. E., 24 I 2 VVG).

Diese Tatbestände regeln Sachverhalte, die einen recht enggefaßten Inhalt, einen sehr speziellen Charakter haben. Deshalb muß in allen Fällen von Ausnahmevorschriften gesprochen werden.

Aus dem Wesen einer Ausnahmenvorschrift ergibt sich, daß sie grundsätzlich nicht analogiefähig ist. Ausnahmsweise sind aber auch solche Vorschriften einem Analogieschluß zugänglich. Voraussetzung ist, daß sie trotz ihrer Vereinzelung einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen. Das trifft hier zu: Aus den

35) BARTHOLOMEYCZIK S. 84

36) BARTHOLOMEYCZIK S. 126. In gleicher Weise hat auch das RG (137 S. 13) einen analogen Obersatz als Rechtsatz bezeichnet und ihn damit über die Stufe des methodischen Hilfsmittels hinausgehoben.

genannten Vorschriften läßt sich der Gedanke herauslesen, daß eine verfeinerte Interessenabwägung zwischen ao Auslösungsinteresse und ao Bestandsinteresse durch Gewährung einer ao Übergangsfrist vorgenommen werden soll. Während die oK-Fristen regelmäßig derart bemessen sind, daß etwaige Schäden durch den Ausfall der Leistungen vermieden werden, indem genügend Zeit zur Ersatzbeschaffung bleibt, rechtfertigen die besonderen Umstände ein Interesse daran, die Gefahr etwaiger Schäden, die durch eine vorzeitige Auflösung drohen, zu verringern, indem wenigstens eine ao Übergangsfrist eingehalten wird. Ein ao Interesse an einer kurzen Umstellungszeit wird insbesondere bejaht, wenn die "wichtigen Gründe" ohne Verschulden des Gekündigten eintreten, wenn ein Wechsel einer Vertragspartei eintritt oder wenn das Interesse von öffentlichen Belangen getragen wird.

Der aus singulären Rechtsvorschriften hergeleitete analoge Obersatz muß sich aber im Rahmen der rechtspolitischen Zwecksetzung der singulären Rechtssätze selbst halten ³⁷⁾. Diese weitere Voraussetzung erfüllt der hier angestrebte allgemeine Rechtsgrundsatz allerdings nicht. Er geht vielmehr über diese Grenzen hinaus: Zunächst erheben sich Zweifel daran, ob der Gesetzgeber tatsächlich die genannten rechtspolitischen Zwecksetzungen beabsichtigt hat. Denn ein klares System des Kündigungsrechts, in das er diese Zwecksetzung der Interessenabwägung hätte einordnen können, stand dem Gesetzgeber nicht vor Augen. Weiterhin betreffen die meisten Vorschriften nur die Gruppe der sog. Mietverhältnisse, d. h. Dsv.e mit beiderseits gegenständlichen Leistungen. Die baoK von Arbeitsverhältnissen ist nur im Rahmen der KO und VgLO berücksichtigt. Im Bereich des Gesellschaftsrechts gibt es überhaupt keine Regelung einer baoK, aus der der allgemeine Rechtsgrundsatz hergeleitet werden könnte ³⁸⁾. Dieser Rechtsgrundsatz der baoK wird aber wegen seiner praktischen Bedeutung gerade für den Bereich des Arbeitsrechts und auch den des Gesellschaftsrechts angestrebt. Soweit sich außerdem aus den Ausnahmevorschriften lediglich herleiten ließe, daß entweder nur die wichtigen Gründe oder nur die besonderen Umstände nur aufseiten des Kündigenden oder nur aufseiten des Gekündigten auftreten können, werden solche Beschränkungen nicht anerkannt ³⁹⁾.

Die genannten Ausnahmevorschriften vermögen also den angestrebten allgemeinen Rechtsgrundsatz nur teilweise, aber nicht in seinem ganzen Umfange zu tragen. Da die Analogie somit nur unterstützende Kraft hat, muß nach weiteren Legitimationsgründen gesucht werden.

37) BARTHOLOMEYCZIK S. 113

38) § 135 HGB gibt zwar auch ein baoK-Recht, bildet aber innerhalb der genannten Ausnahmevorschriften wiederum eine Ausnahme: Hier erhält ein am Vertrage Nichtbeteiligter ein aoK-Recht

39) Siehe oben B I 2 e

c) Treu und Glauben

Es ist heute ganz h. M., daß in § 242 BGB ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck gekommen ist, der Bedeutung für das ganze Privatrecht⁴⁰⁾ besitzt. Diese Vorschrift "ermöglicht im Einzelfall die Berücksichtigung der tatbestandsmäßigen Geltungsschranke, welche jede Norm in sich trägt. Die Rechtspraxis wird durch sie in die Lage versetzt, ihrer Ordnungsaufgabe unter völlig veränderten Verhältnissen gerecht zu werden."⁴¹⁾ Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist nun seinerseits noch durch speziellere Grundsätze näher bestimmt worden, die meist für engere Fragengebiete gelten, aber doch alle als Art Unterbegriffe aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben hergeleitet werden:

"Der Begriff 'Treu und Glauben' deckt sich inhaltlich mit dem Begriff 'Billigkeit' "⁴²⁾. Dabei sind "die jeweiligen Verhältnisse maßgebend einzubeziehen" ⁴³⁾. Aus diesem "aequum" folgt weiter, daß die allseitigen Verhältnisse und Belange beider Parteien zu berücksichtigen sind ⁴⁴⁾. Bei der Prüfung, ob der wichtige Grund die Fortsetzung des Dsv. es unzumutbar macht, wurden zwar auch bisher schon die gesamten Verhältnisse des einzelnen Falles berücksichtigt. Dennoch mußte diese Prüfung naturgemäß insofern einseitig sein, als der wichtige Grund nur das ao Auflösungsinteresse betrifft und bestenfalls im Rahmen der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse noch das ao Bestandsinteresse des Gekündigten untersucht. Dies geschah aber bislang bestenfalls durch Unterscheidung zwischen "mehr oder weniger" und "absoluten oder relativen" ⁴⁵⁾ wichtigen Gründen. Diese Art des Suchens nach Billigkeitsentscheidungen ist aber, wie oben ⁴⁶⁾ schon ausgeführt, nicht nur unzulänglich, sondern gefährdet auch die Rechtssicherheit. Eine rechtlich fundierte Billigkeitsentscheidung kann vielmehr nur gefunden werden, wenn man zwischen wichtigen Gründen, die das ao Auflösungsinteresse berücksichtigen, und besonderen Umständen, die das ao Bestandsinteresse berücksichtigen, klar unterscheidet und dann gegeneinander abwägt. Diese Abwägung geschieht durch das Institut der bauK, wie es hier angestrebt wird.

40) Die Frage nach noch weiterer Geltung kann hier unerwähnt bleiben.

41) ERMAN-GOERKE (2. Aufl.) § 242 Anm. 1

42) "Der Terminus 'Billigkeit' kennzeichnet eine rational nicht ausgetragene Interessenabwägung"; "steckengebliebene Interessenjurisprudenz" (ESSER, Interessenjurisprudenz S. 115)

43) ERMAN-GOERKE (2. Aufl.) § 242 Anm. 3

44) Vgl. PALANDT-GRAMM § 626 Anm. 3a; insb. ERMAN-KÜCHENHOFF § 626 Anm. 4 (mit Literatur)

45) Vgl. oben B II 2a

46) A III und B II 2a

Ein weiterer Ausfluß von Treu und Glauben ist das sog. Treueverhältnis bei Dsv. en. Insbesondere Arbeitsverhältnisse ⁴⁷⁾, aber auch Gesellschaftsverhältnisse ⁴⁸⁾ sind in überwiegendem oder doch erheblichem Maße personenbezogen und nicht lediglich sachbezogen. Bald stellte sich auch die Erkenntnis ein, daß die engere Personenbezogenheit letztlich allen Dsv. en eigen ist ⁴⁹⁾, zumindest aber eigen sein kann ⁵⁰⁾. Aus dieser Besonderheit des engeren persönlichen Zusammenwirkens, das z. T. sogar Voraussetzung für ein gedeihliches Durchführen des Dsv. es ist, wurden sog. "Treuepflichten" und "Fürsorgepflichten" ("Treueverhältnis" ⁵¹⁾) hergeleitet. Daß somit im gesamten Recht der Dsv. e der Treuegedanke besonders vorherrscht, ist eine Erkenntnis, die man schon als Gemeingut der Rechtswissenschaft bezeichnen kann. Deshalb erübrigt sich ein weiteres Vertiefen mit Nachweisen.

Wenn sich die Auflösung eines Dsv. es nicht umgehen läßt, "so folgt aus dem Treueverhältnis der Grundsatz der schonenden Ausübung ⁵²⁾ der Kündigung" ⁵³⁾. Selbst wenn der Gekündigte einen wichtigen Grund verursacht oder gar verschuldet hat, so darf sich deshalb der Kündigungsberechtigte nicht in Form der unbaoK "rächen" oder den Gekündigten damit "bestrafen" ⁵⁴⁾. Aus dem Gedanken des Treueverhält-

47) Statt aller: ERMAN-KÜCHENHOFF vor § 611 Anm. 1 und ESSER Schuldrecht § 128, 2

48) STAUDINGER Anm. 32 ff vor § 705

49) "Ein gewisses personenrechtliches Element dürfte allen (Fettdruck!) Dauerrechtsverhältnissen eigen sein, nur ist es überall von verschiedener Intensität." (BEITZKE S. 10)

50) RG 78 S. 385 ff, das auch bei einem Blumendauerbezugsvertrag mit Konkurrenzklausel voraussetzte, daß "die dauernde Zusammenarbeit der Vertragsteile eines langfristigen Vertrages" erforderlich ist und daß daher nicht nur sachbezogene Vertragsstörungen ein aoK-Recht begründen können, sondern auch personenbezogene, indem die Fortsetzung des Vertrages "durch Spannungen und Feindseligkeiten unmöglich gemacht wird". Vgl. auch RG 94 S. 243

51) EINNATZ S. 19 spricht hier von einem "Vertrauensverhältnis" und stützt sich auf: "CROME (System des Dt. bürgerl. Rechts 1900/02 S. 644), HUECK-NIPP. (Lb des AR 1928 I S. 283), RUMPFF (Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, in AcP 119 S. 48)". Das RG (58 S. 256) spricht ausdrücklich aus, daß der Dienstvertrag auf einem Vertrauensverhältnis beruht; ähnlich auch RG 75 S. 234; 79 S. 156

52) Einschlägige Gedanken: HEIN aaO; Kündigung zur "Unzeit"; SPITZ S. 117; Die baoK entspricht der "Forderung nach sozialer Gestaltung der Kündigung".

53) ERMAN-KÜCHENHOFF § 626 Anm. 10 b B; HUBMANN S. 137 ff spricht hier vom "Prinzip des schonendsten Mittels"

54) H. M. Vgl. BAG in AP Nr. 19 zu § 626 BGB mit zustimmender Anm. von DERSCH. Vgl. auch LAG Frankfurt/M. in NJW 1958 S. 437

nisses in Verbindung mit dem Grundsatz der "schonenden Ausübung des Kündigungsrechtes" läßt sich also gleichfalls die Pflicht herleiten, eine ao Befristung der aoK zu gewähren oder zu dulden ⁵⁵⁾.

Schließlich kann die genannte Pflicht auch auf den Gedanken der unzulässigen Rechtsausübung (exceptio doli generalis) gestützt werden: Das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" ist ein rechtlicher Tatbestand, der grundsätzlich ein Recht zur unbaoK gibt. Dennoch kann ein Berufen auf diesen Grundsatz teilweise - d. h. hinsichtlich der Art und Weise der Kündigung - unzulässig sein. Denn jede Rechtsnorm trägt "ihre durch Rechtsidee, Interessenlage und Zweck bestimmte Geltungsschranke in sich. Nur in diesem Rahmen ist die Berufung auf sie zulässig" ⁵⁶⁾. Wenn "die schutzwürdigen Interessen des (die Kündigung) Ausübenden im Verhältnis zu den schutzwürdigen Gegeninteressen so gering sind, daß die Rechtsausübung objektiv eine untragbare Rechtsausnutzung ist", dann kann "auch der Gebrauch eines redlich erworbenen Gestaltungsrechtes unzulässig sein (Fälle der exceptio doli generalis)" ⁵⁷⁾. Aus dieser Forderung nach Interessenabwägung folgt weiter der "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Die Rechtsausübung ist unzulässig, wenn zwar ein berechtigtes Interesse besteht, dieses aber auch auf andere, den Gegner weniger schädigende Weise befriedigt werden kann" ⁵⁸⁾. HUBMANN ⁵⁹⁾ spricht hier treffend von "Ausweichprinzip" ⁶⁰⁾.

Diese Erkenntnisse wirken sich - auf die vorliegende Problemlage der baoK angewandt - wie folgt aus: Die Interessensschranke, die hier die Geltungsschranke bildet, ist der Konflikt zwischen dem ao Auflösungsinteresse und dem ao Bestandsinteresse, der nach rechtlicher Lösung verlangt. Das Hinzukommen eines "besonderen Umstandes" ist also ein rechtlicher Tatbestand, der das aoK-Recht insofern einschränkt, als es nur in der geschmälernten oder "schonenden" Form der baoK zulässig ist. Dieser Gegengrund des besonderen Umstandes wird als "Einwand" (Replik) geltend gemacht ⁶¹⁾. Aus der Unzulässigkeit des "Vollrechtes der unbaoK"

55) Vgl. auch SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER § 70 Anm. 3 und STREMMER S. 70

56) ERMAN § 242 Anm. 7 III 3a; vgl. auch ESSER Schuldrecht § 34, 8; SOERGEL-SIEBERT Erl. 12 vor § 226 und 115 zu § 242; STAUDINGER-WEBER § 242 D 26 ff mit zahlreichen Nachweisen

57) ESSER § 34, 5 (b); vgl. auch STAUDINGER-WEBER § 242 D 38 mit weiteren Nachweisen

58) SOERGEL-SIEBERT § 242 Erl. 160

59) S. 123 ff

60) Vgl. auch oben S. 30 den hiermit verwandten "Grundsatz der schonenden Ausübung der Kündigung" mit Anm. 53

61) Vgl. ESSER Schuldrecht § 34, 5; SOERGEL-SIEBERT § 242 Erl. 121; STAUDINGER-WEBER § 242 D 59-68

folgt dann zwangsläufig die Pflicht, eine ao Frist einzuhalten. D. h. es bleibt nur noch das "Teilrecht der baoK" übrig ^{61a)}.

d) Vergleich mit der Legitimierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der unbaoK

Soweit ersichtlich, ist die rechtliche Untermauerung der - meistens nur aus sozialen Gründen herausgestellten - Forderung nach einer baoK in der hier durchgeführten Weise noch nicht vorgenommen worden. Diese Art der rechtlichen Begründung ist aber insofern nicht überraschend, als sie große Ähnlichkeit mit der rechtlichen Begründung aufweist, die für die allgemeine Geltung des Rechtsgrundsatzes der (fristlosen) aoK aus wichtigem Grunde angeführt wird:

Der "wichtige Grund" ist (ebenso wie der "besondere Umstand") eine Generalklausel, ein Rechtsbegriff, der demjenigen, der ihn geltend macht, ein sofortiges Auflösungsrecht gibt. Für den Bereich des Arbeits- und Gesellschaftsrechtes ist dieses Recht in den §§ 626, 723 BGB ausdrücklich geregelt. Es ist aber einhellige Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung, daß der wichtige Grund als sofortiger Auflösungsgrund Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben ist. Dieser Grundsatz ist in verschiedenen Vorschriften ausdrücklich genannt (§§ 626, 723 BGB, 70, 77, 92, 133, 161 II HGB, 124a, 133 b GewO) ⁶²⁾. Der "allgemeine Rechtsgedanke", daß eine fristlose Kündigung immer dann zulässig ist, wenn die Fortführung des Dauerschuldverhältnisses durch einen wichtigen Grund gestört und unzumutbar wird, gilt also auch außerhalb der genannten Einzelvorschriften ⁶³⁾; er gälte im Arbeits- und Gesellschaftsrecht auch dann, wenn es die §§ 626, 723 BGB nicht gäbe. Das Recht zur (unbefristeten) aoK wegen wichtigen Grundes ist somit - ungeachtet der §§ 626, 723 BGB - nicht nur eine soziologische Forderung, sondern ein Rechtsgrundsatz; ebenso ist der wichtige Grund nicht nur ein soziologischer, sondern ein rechtlicher, teilweise sogar ein gesetzlicher Tatbestand.

In vergleichbarer Weise ist die wegen eines "besonderen Umstandes" durch Befristung zu beschränkende aoK (= baoK) ein Rechtsgrundsatz und der besondere Umstand ein rechtlicher Tatbestand.

61a) Die Unzulässigkeit der Rechtsausübung muß nicht immer zur Folge haben, daß das betroffene Recht ganz entfällt, wie man aus den Ausführungen von ESSER Schuldrecht § 34, 7a folgern könnte. Hier treffen wohl eher seine Ausführungen unter § 34, 8 zu, denen STAUDINGER-WEBER § 242 D 69 zustimmt.

(62) Vgl. RG 78 S. 385 ff (die HGB-§§ in der damaligen Fassung !) und BGH in BB 1953 S. 691

(63) RG 78 S. 385 ff

III. Die Bedenken wegen mangelnder Rechts- sicherheit sind unbegründet

1. Sachliche Abgrenzung zwischen unbaoK und baoK

a) Die unzulängliche Unterscheidung in der Literatur

In diesem Zusammenhang muß noch einmal darauf hingewiesen werden, daß die Abgrenzung zwischen unbaoK und baoK in der Literatur bislang nur in der Weise vorgenommen wurde, daß man zwischen so zu nennenden "sehr wichtigen" oder "absoluten" Gründen (= unbaoK) und so zu nennenden "weniger wichtigen" oder "relativen" Gründen (= baoK) unterschied. Wegen der weiteren Einzelheiten und auch wegen der hier vertretenen ablehnenden Ansicht gegen die Abgrenzung kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf das oben Gesagte (B II 2a) Bezug genommen werden.

b) Die eigene Unterscheidung zwischen "wichtigen Gründen" und "besonderen Umständen"

Nach den hier entwickelten Grundsätzen ist für beide Arten der aoK ein wichtiger Grund Voraussetzung. Die baoK unterscheidet sich von der unbaoK durch das Hinzutreten einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung: des sog. "besonderen Umstandes" ¹⁾.

Gerade unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit sei betont, daß nach den vorliegenden Ausführungen eine klare "qualitative" ²⁾ Unterscheidung zwischen "wichtigem Grund" und "besonderem Umstand" möglich ist. Denn jedem Begriff liegt eine dem anderen Begriff entgegengesetzte Interessenrichtung zugrunde: jeder dient einem entgegengesetzten Zwecke:

Der wichtige Grund begründet das ao Auflösungsinteresse.

Der besondere Umstand begründet das ao Bestandsinteresse.

Deshalb können dieselben Tatsachen, die zur Annahme eines wichtigen Grundes führen, nicht gleichzeitig einen besonderen Umstand begründen (und umgekehrt). Hiernach lassen sich wichtige Gründe und besondere Umstände eindeutig abgrenzen:

- 1) Das weitere Tatbestandsmerkmal des besonderen Umstandes ist nur notwendig, wenn die Pflicht, eine ao Frist einzuhalten, bestritten wird, nicht dagegen auch bei dem (unbestrittenen) Recht zur Befristung: Solange eine geltend gemachte Rechtsposition nicht bestritten wird, bedarf sie grundsätzlich keiner Rechtsgrundlage.
- 2) Im Gegensatz zur "quantitativen" Unterscheidung zwischen mehr oder weniger und absolut oder relativ⁷ wichtigen Gründen

Wichtiger Grund ist jede Begebenheit, die die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf der oK-Frist oder der bestimmten Zeiddauer verhindert und unzumutbar macht.³⁾

Besondere Umstände sind solche Begebenheiten, die trotz Vorliegens wichtiger Gründe für eine wenigstens kurzfristige Fortsetzung des Vertrages sprechen und sie insoweit zumutbar machen.

Besondere Umstände werden insbesondere dann gegeben sein, wenn das Gläubigerinteresse an der Fortsetzung des Dsv. es bis zur ordentlichen Beendigung durch die Forderungsverletzung nicht sofort gänzlich fortfällt. Als Beispiel seien Teilunmöglichkeit, Teilverzug und solche Forderungsverletzungen genannt, die nicht sofort das ganze Dsv ergreifen. Es muß aber schon an dieser Stelle auf den Unterschied zwischen solchen Teilstörungen bei einfachen Vertragsverhältnissen einerseits und Dsv. en andererseits hingewiesen werden; Bei Dsv. en können sonst unbeachtliche Teilstörungen dadurch erheblich werden, daß sie sich während des Zeitlaufes wiederholen.

3) Vgl. § 16 vorläufige LandarbeitsO vom 24. 1. 1919, RGBI S. 111. "Vgl. BAG 2 AZR 39/54, 85/54, 239/54, AP Nr. 4 und 5 zu § 626 BGB, RAG 222/39, ARS 40, 52 (62) und stRspr." (NIKISCH S. 724). Ebenso: HUECK-NIPPERDEY S. 527; KASKEL-DERSCH S. 240; MOLITOR S. 284. "Die objektive Betrachtung, für die HERSCHEL S. 50 f eintritt, führt zu keinen anderen Ergebnissen, da auch die Unzumutbarkeit vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus beurteilt werden muß" (NIKISCH S. 724 Anm. 23).

PIEPER S. 132 versucht, die Generalklausel des wichtigen Grundes durch folgende Formulierung näher zu definieren: "Wichtige Gründe sind solche Umstände, die eine nach den allgemeinen Einstandsregeln des BGB zu vertretende Forderungsverletzung oder eine zu vertretende überobligationsmäßige Schwierigkeit darstellen". Auch diese Definition gibt noch nicht die Lösung der Problematik, die wünschenswert wäre. Dennoch ist der Begriff der Unzumutbarkeit etwas greifbarer geworden, wenn PIEPER sagt, wichtiger Grund ist nur, was unter die drei Begriffe der Unmöglichkeit, des Verzuges und der positiven Forderungsverletzung und unter die Leistungsbegrenzung nach Treu und Glauben fällt. Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß durch die "Leistungsbegrenzung" und durch die Frage nach dem Vertretenmüssen nach § 276 der Begriff der Unzumutbarkeit auch wieder ohne nähere Konkretisierung herangezogen wird, so helfen die Begriffe "Unmöglichkeit, Verzug und positive Forderungsverletzung", die im Gegensatz zur "Unzumutbarkeit" unvergleichlich präziser sind, doch etwas weiter. Bedenklich ist die Einschränkung, daß die Leistungsstörungen zu vertreten sein müssen. Denn es ist allgemein anerkannt, daß der wichtige Grund nicht auf Verschulden (§ 276 BGB) zu beruhen braucht.

Besondere Umstände werden dagegen grundsätzlich ausgeschlossen sein, wenn die ganze Leistung unmöglich ⁴⁾ geworden ist. Eine Ausnahme kann eintreten, wenn der Kündigende für verpflichtet erklärt wird (oder sich bereit erklärt), den Vertrag mit verändertem Leistungsinhalt ⁵⁾ für eine ao Übergangszeit fortzusetzen.

Eine weitere Gruppe von besonderen Umständen wird dann anzunehmen sein, wenn das Interesse am Fortbestand über das bloße Erfüllungsinteresse hinausgeht und sich unter Berücksichtigung von außerhalb der gegenseitigen Vertragsbeziehungen stehenden Umständen (z. B. Arbeitslosigkeit, Wohnungsnot, Produktionsstörungen) Situationen wie Existenzverlust oder Obdachlosigkeit ergeben. In solchen Fällen werden also auch übervertragliche, bisweilen sogar öffentliche Belange mitentscheidend sein.

Ob ein besonderer Umstand gegeben und damit ein ao Bestandsinteresse zu bejahen ist, ergibt sich aus der Gegenüberstellung und Würdigung (Interessenabwägung) der Folgen, die bei einer unbaoK einerseits und einer baoK andererseits eintreten. Als Folgen, die hier zu werten sind, kommen die Sofortwirkung des Verlustes der Rechte und Ansprüche, die sich aus der vorzeitigen Beendigung des Dsv. es ergeben, u. U. auch übervertragliche und öffentliche Belange in Betracht. Im Bereich des Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Kartellrechts werden nicht selten auch wirtschaftliche Belange zu berücksichtigen sein.

Die Interessenabwägung darf sich aber nicht auf die Frage beschränken, ob ein besonderer Umstand als solcher gegeben ist. Wenn ein besonderer Umstand als vorliegend angenommen wird, muß die Interessenabwägung in der Weise weitergeführt werden, daß auch die wichtigen Gründe mit den besonderen Umständen gegenübergestellt und abgewägt werden. Denn die Mechanik: Wichtiger Grund + besonderer Umstand = baoK kann nicht schematisch vollzogen werden. Da sowohl der wichtige Grund als auch der besondere Umstand von Treu und Glauben beherrscht werden, dürfen diese beiden Tatbestandsmerkmale nicht jedes für sich getrennt betrachtet werden. Deshalb kann man erst dann zu einem billigen Ergebnis nach Treu und Glauben gelangen, wenn man das Interesse an der ao Auflösung dem Interesse an dem ao Fortbestand abwägend gegenüberstellt und so zu einer Gesamtwürdigung kommt. Wenn auf diese Weise dennoch wieder eine gewisse quantitative Wertung mithineinspielt, so schadet das dem hier entwickelten Grundgedanken nicht. Denn die oben dargestellte grundsätzliche qualitative Unterscheidung zwischen wichtigem Grunde für ein ao Auflösungsinteresse einerseits und dem besonderen Umstand

4) Hier kommt nur nachträgliche Unmöglichkeit in Betracht. Denn anfängliche Unmöglichkeit läßt, solange sie andauert, das Dsv und die Verpflichtungen erst gar nicht entstehen (§ 306 BGB).

5) Vgl. z. B. AP 1954 Nr. 93 mit Anm. von Goetz HUECK und oben S. 1 Fall 2

für ein ao Bestandsinteresse andererseits bleibt von einer nachfolgenden gegenseitigen Abwägung unter Berücksichtigung auch quantitativer Wertung unberührt. Dieses Erkenntnis wird auch durch das oben Gesagte bestätigt, wonach das Vorliegen besonderer Umstände in bestimmten Fällen gänzlich ausgeschlossen sein kann ⁶⁾

Eine noch genauere tatbestandliche Fassung der besonderen Umstände ist leider nicht möglich. Jedoch werden durch die oben (A IV 1 b) eingeführte Dreiteilung der Vertragsarten nach ihrem Leistungsinhalt, durch die Hinweise auf etwaige Folgen (Nachteile), und die unten in dem Kapitel C genauer dargelegten Interessenlagen für die besonderen Umstände bei den einzelnen Vertragsverhältnissen, die typische Fälle herausarbeiten, hinreichende Anhaltspunkte gegeben. Sie alle zusammen berechtigen, daß man hier von einer "Konkretisierung des Tatbestandes" der besonderen Umstände sprechen kann ⁷⁾. Eine noch genauer präzisierte und doch allgemeingültige Bestimmung der besonderen Umstände läßt sich vor allem auch durch den fortlaufenden Wandel der Interessenlagen und Machtverhältnisse (vgl. oben B I 1) der Vertragspartner schwerlich ein für allemal festlegen.

c) Die Unterscheidungsmöglichkeit in den gesetzlich geregelten Fällen

Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen wichtigen Gründen und besonderen Umständen läßt sich meistens - mehr oder weniger deutlich - auch aus den gesetzlich geregelten Fällen der aoK ersehen ⁸⁾. Ihnen ist meistens das Interesse gemeinsam, insbesondere der gekündigten Partei während der kurzen Übergangszeit Gelegenheit zu geben, sich nach Ersatzbeschaffung für den durch die Kündigung verursachten Leistungsausfall (Leistungsende) umzusehen. Darüber hinaus lassen sich folgende Fallgruppen zusammenstellen:

1) Eine Reihe von Vorschriften läßt sich unter dem Begriff des Parteiwechsels zusammenfassen ⁹⁾. Der wichtige Grund wird darin zu sehen sein, daß niemand ohne

6) HERSCHEL S. 58 f würde hier wohl von sog. "absoluten" wichtigen Gründen sprechen. Vgl. auch oben B II 2 a mit Anm. 16

7) "Die Möglichkeit einer abstrakten Wertschematik und die Verweisung des Richters auf den Sachverhalt macht die Methodik der Abwägung zur Schlüsselfrage". ESSER: Interessenjurisprudenz S. 112. Beachte auch seine "Maximen" S. 117 f.

8) Hier sei nochmals (A IV 1 b Anm. 20) darauf hingewiesen, daß eine Kündigung in diesen Fällen dann nicht als ao in Erscheinung tritt, wenn die vertraglichen Fristen mit den gesetzlichen übereinstimmen oder sogar noch kürzer sind als diese, ohne jedoch die Qualität als aoK zu verlieren (vgl. auch unten B III 2d)

9) Siehe §§ 569 (Tod des Mieters; beachte aber die Einschränkung bei der Pacht: § 581 II / 596 II), 1056 II (1423 und 1663 a. F.) 2135 BGB, 70 VVG, 30 ErbbVO, 57a ZVG, 37 III WEG

seinen Willen an ein Dsv gebunden werden oder gebunden bleiben soll, das er nicht selbst begründet oder nicht mit dem neu hinzutretenden Partner (Rechtsnachfolger) begründet hat. Der besondere Umstand könnte darin gesehen werden, daß der Personenwechsel ein besonders plötzliches und unvorhersehbares Ereignis ist, das nicht auf Seiten des Gekündigten liegt. Die gegenständlichen Leistungen als solche können jedoch weiterhin erbracht werden. Hier zeigt sich, daß das personenrechtliche Element, das persönliche Vertrauensverhältnis zwar "so wichtig" ist, daß ein Wechsel ein aoK-Recht gibt. Da aber das Interesse an den Sachleistungen (Gebrauchs-, Nutznießungsüberlassung, Leistungen von Geldprämien bzw. Entschädigungen) im Vordergrund steht und das Erbringen dieser Leistungen auch dem Nachfolger möglich bleibt, ist eine kurzfristige weitere Durchführung des Dsv. es zumutbar und billig.

2) Anderen Fällen der baoK ist ein öffentliches Interesse an einer kurzfristigen Fortsetzung des Dsv. es gemeinsam; Durch § 570 BGB soll der Beamte bei seiner dienstlichen Versetzung - die den wichtigen Grund darstellt - seiner Residenzpflicht nachkommen können, ohne durch etwaige doppelte Mietzinsverpflichtungen belastet zu werden. Andererseits wären Vermieter weniger geneigt, mit Beamten Mietverträge einzugehen, wenn sie ständig der Gefahr ausgesetzt wären, Mietausfälle zu erleiden, falls die Versetzung zur unbaoK berechtigen würde. An einer freien und jederzeitigen Versetzbarkeit der Beamten ohne die genannten Schwierigkeiten besteht ein öffentliches Interesse. 10) 11)

Auch die Untervermietung (§ 549 I 2 BGB) liegt wegen etwaiger Raumnot und sonstiger sozialer Gründe im öffentlichen Interesse und ist deshalb zu fördern. Zur Ablehnung der Genehmigung seitens des Mieteinigungsamtes muß ein "besonders wichtiger Grund" vorliegen. 11) 12)

3) In weiteren Fällen ¹³⁾ war dem Gesetzgeber ein unbaoK-Recht wohl zu einschneidend, wenn der wichtige Grund "ohne Verschulden" der einen oder anderen Partei eingetreten ist (insbesondere, wenn der wichtige Grund auf Seiten des Kündigenden eintritt).

10) Vgl. LG Berlin JW 1935 S. 2659 mit Anm. von Roquette; ROQUETTE Mietrecht S. 357; STAUDINGER-KIEFERS Erl. 15 zu § 570; RGRK Anm. 1 e zu § 570; KREBS DR 1957 S. 464. A. A. zum Teil die frühere Literatur; Vgl. MITTELSTEIN-STERN S. 498 mit zahlreichen Nachweisen für beide Meinungen.

11) Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit die Notwendigkeit der Abwägung gerade dieser Belange zu jeder Zeit gerechtfertigt ist. Ungeachtet des Wandels der Interessenlagen wird die genannte Abwägung aber Beweggrund für den Gesetzgeber gewesen sein, diese aoK zu befristen.

12) ROQUETTE; Mietrecht (4. Auflage) S. 313

13) §§ 19, 22 I KO, 51 IL, VglO; ferner §§ 6 I 2 a. E., 24 I VVG

14) Entfällt

4) In einigen Fällen bereitet der Versuch einer Gegenüberstellung von wichtigem Grund und besonderem Umstand jedoch ernste Schwierigkeiten: So beim baoK-Recht des Lehrlings für seinen Berufswechsel ¹⁵⁾ und bei der Verhinderung zu langer Bindungen (§§ 567, 624 BGB). Wenn man den Wunsch den Lehrlings, zu einem anderen Berufe zu wechseln, überhaupt als "wichtigen Grund" für eine aoK anerkennen will, so wird dieser Wunsch auf einem langsam sich entwickelnden Prozeß beruhen, der regelmäßig nicht so plötzlich zu einer Unzumutbarkeit für den Lehrling führen wird, daß ihm auf alle Fälle ein aoK-Recht zuzubilligen wäre. Da das Lehrverhältnis, d. h. die Ausbildung in erster Linie dem Interesse des Lehrlings dienen soll, wird auch der Lehrherr schwerlich ein ao Bestandsinteresse geltend machen können ¹⁶⁾. Ähnlich liegt es bei § 624 BGB, der die Möglichkeit bietet, daß "bei einem Dauerdienstverhältnis die Parteien prüfen sollen, ob sie noch weiter zueinander passen" ¹⁷⁾. Die Erkenntnis, es bestehe nicht mehr die rechte Harmonie, kann für sich allein grundsätzlich nicht schon zu einer aoK berechtigen. Denn lediglich echte "Disharmonien" können wichtige Gründe sein. Und dieses generelle aoK-Recht aus wichtigem Grunde bleibt vom § 624 BGB unberührt. Das gleiche gilt für § 567 BGB.

d) Gesetzliche Sonderfälle von "besonderen Umständen"

aa) Mieterschutzgesetz

Als "Modellfall" der Interessenabwägung kann man sich die baoK so vorstellen, daß z. B. der Vermieter aus wichtigem Grunde fristlos kündigt und der Mieter als "Replik" einen besonderen Umstand geltend macht. Denn grundsätzlich ist die unbaoK die Regel und die baoK die Ausnahme. Gerade das Gegenteil gilt für den Bereich des MSchG: Da nach § 5a I 1 MSchG dem Mieter grundsätzlich ¹⁸⁾ eine angemessene Räumungsfrist zusteht, ist die "baoK" ¹⁹⁾ der Regeltatbestand. Aus-

15) §§ 78 HGB, 127 e GewO, 26 HandwO

16) Das - bisweilen leider praktische und tatsächliche - Interesse an einer billigen Arbeitskraft darf nicht entscheidend sein. Das widerspräche dem Sinn des Lehrverhältnisses. Der gegenwärtige Mangel an Lehrlingen brachte aber auch hier einen Wandel der Interessenlagen.

17) ERMAN-KÜCHENHOFF § 624 Anm. 2

18) Die Pflicht zur Befristung als solche ist zwingend (ROQUETTE Mietrecht S. 463; ders. Mieterschutz § 5a Anm. 4). Das Ermessen des Richters erfaßt nur die Dauer der Räumungsfrist. Dagegen steht bei Anträgen gemäß § 721 ZPO und § 7 GRMG auch die Bewilligung der Frist überhaupt im richterlichen Ermessen (ROQUETTE Mietrecht S. 468). Hinsichtlich der unterschiedlichen Wirkungen der Urteile vgl. unten C II 5 und ROQUETTE Mietrecht S. 423

19) Zur Frage, ob dies noch eine "baoK" ist, siehe unten C II 3

nahmsweise ist keine Räumungsfrist zu gewähren, wenn "hiermit für den Vermieter unbillige Härten verbunden wären", d. h. wenn er besondere Umstände vorträgt. Der Vermieter muß also zunächst wichtige Gründe im Sinne der §§ 2 - 4b MSchG geltend machen. Das in der staatlichen Wohnraumbewirtschaftung begründete öffentliche Interesse an einer angemessenen Räumungsfrist wäre der eigentliche "besondere Umstand", der aber als Regel in das Gesetz bereits eingearbeitet ist und deshalb ein besonderes Geltendmachen als "Replik" überflüssig macht. Dieser "Replik" kann der Vermieter nunmehr seine "Duplik" entgegensetzen: die Räumungsfrist bedeute für ihn eine unbillige Härte.

bb) Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung

Das BGB verwendet bisweilen einen Begriff, der sich im wesentlichen mit dem der besonderen Umstände inhaltlich deckt: das Verbot der Kündigung "zur Unzeit". Der Einwand des gekündigten Dienstberechtigten (§ 627 II 1 BGB), des Auftraggebers (§ 671 II 1), Testamentsvollstreckers (§ 2226 Satz 2) oder Gesellschafters (§ 723 II 1; siehe auch § 712 II), die Kündigung sei unzeitig, verpflichtet den Kündigenden zur Gewährung einer Übergangszeit²⁰⁾. Gewährt er sie nicht, ist er allerdings nur zum Schadensersatz verpflichtet.

Die genannten Vorschriften, die alle eine unbaoK gewähren, gehören zu Rechtsverhältnissen, bei denen nach dem Willen des Gesetzgebers ein ordentliches Bestandsinteresse entfällt. Die Unentgeltlichkeit²¹⁾ war hierbei der leitende, aber nicht unabdingbare²²⁾ Gedanke für eine losere Bindung der Parteien. Gleichzeitig anerkennt der Gesetzgeber aber, daß auch hier besondere Umstände auftreten können, die eine ao Befristung erforderlich machen, falls nämlich der "unzeitige" Ausfall der Leistungen Schäden zur Folge haben kann, die nicht leicht zu ersetzen sind. Jedoch hielt der Gesetzgeber diese Leistungsausfälle nicht für so wichtig oder für so schwer ersetzbar, daß er die Befristung der Kündigung zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhob.

20) Wesen und Zweck der Übergangszeit ergeben sich zum Teil aus den Vorschriften: Der Gekündigte soll Gelegenheit erhalten, "die Dienste anderweit zu beschaffen" bzw. "für die Besorgung des Geschäftes anderweit Fürsorge (zu) treffen".

21) Auch der Gesellschaftsvertrag ist "unentgeltlich". Denn er beruht nicht auf dem Austauschprinzip. Deshalb haben die Gesellschafter Teil am "Gewinn" ihrer Leistungsvereinigung. Während andere Gesellschaftsarten von einer möglichst festen Bindung der Partner ausgehen, ist die GbR vom Gesetzgeber für losere Bindungen gedacht.

22) Vgl. § 675 und § 627 BGB

Setzt der Kündigende der Replik des Gekündigten (Unzeitigkeit wegen besonderer Umstände) seine Duplik eines wichtigen Grundes entgegen, so ist der Kündigende nicht einmal zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Somit hat der Gesetzgeber in den genannten Vorschriften den Interessenstreit zwischen wichtigen Gründen und besonderen Umständen (wenn auch in umgekehrter Reihenfolge) bereits positiv geregelt. Deshalb ist für das Institut der *baok* insoweit kein Raum mehr. Das ergibt sich außerdem auch aus der Tatsache, daß sich die wichtigen Gründe hier nicht wie sonst gegen das ordentliche Bestandsinteresse richten (da dieses hier gar nicht besteht), sondern gegen das *ao* Bestandsinteresse.

2. Zeitliche Abgrenzungsprobleme

a) Zeitpunkt der Kündigungswirkung

Grundsätzlich ²³⁾ entfaltet eine fristlose Kündigung ihre Wirkung in der Sekunde, in der sie zugeht (§ 130 BGB), bei Erklärungen gegenüber Anwesenden also im Zeitpunkt der Vernehmung. Im streng wörtlichen Sinne würde es sich nur bei dieser sofortigen Wirkung um eine fristlose Kündigung handeln. Bildlich ausgedrückt dürfte oder müßte sogar der Maurer den Eimer aus der Hand fallen lassen.

Dieser Grundsatz ist aber insoweit nicht zwingend, als die Rechtsmacht der Parteien reicht ²⁴⁾. Ein abweichender Parteiwille wird regelmäßig dann anzunehmen sein, wenn z. B. die Tätigkeit der Gekündigten dergestalt ist, daß sie nicht unvermittelt beendet werden darf, sondern wenn sie der Vollendung oder zumindest noch einer besonderen Fürsorge bedarf. Eine solche abschließende Tätigkeit kann sich möglicherweise auf mehrere Stunden oder gar Tage erstrecken. Die Pflicht des Gekündigten, seine Tätigkeit zu vollenden, folgt nicht lediglich aus Gesichtspunkten der Schadensabwendung, sondern aus dem Vertrage (*Dsv*) selbst. "Mit der *aoK* wird das Arbeitsverhältnis (also) zu dem Zeitpunkt beendet, wie er von dem Kündigenden bestimmt ist" ²⁵⁾.

Durch ein solches Aufschieben der Augenblickswirkung gerät die an und für sich so klar scheinende Abgrenzung der fristlosen Kündigung ins Fließen und wird in jenen Fällen in die *baok* übergehen, in denen die *oK*-Fristen ziemlich kurz sind (etwa von einem Tag auf den anderen) und sich die Verpflichtung zur Vollendung der laufenden Arbeit auf Stunden erstreckt. Zur Verdeutlichung mag folgender Fall dienen, den der Verfasser selbst erlebt hat:

23) Vgl. BECKER-BENDER in BB 1953 S. 964; Sofern Fristen nicht nach Stunden bemessen sind (was die Ausnahme sein dürfte), ist kleinste Rechnungseinheit der volle Tag. Stehen nur Bruchteile eines Tages in Frage, dann wird nach Stunden, Minuten bzw. Sekunden gerechnet.

24) PALANDT-DANCKELMANN § 130 Anm. 1c = RAG in JW 1928 S. 2919

25) SCHLICKE S. 73

Ein ArbN bricht auf einer großen Baustelle morgens gegen 4 Uhr in die Materialbude seines ArbGeb ein, wird aber von dem Bauführer, der in einem nahestehenden Wohnwagen schlief, ertappt. Der Bauführer kündigt dem ArbN ao, verlangte aber von diesem, daß er noch - wie bisher immer - den Teerkessel auch an diesem Morgen von 5 - 8 Uhr vorheizt, weil ein Ersatzmann nicht greifbar ist. Würde der Teerkessel nicht vor dem allgemeinen Arbeitsbeginn angeheizt werden, entstünden Schäden dadurch, daß insoweit die Arbeiten erst einige Stunden später fortgeführt werden könnten. Diese Nachteile als besondere Umstände verpflichten den gekündigten ArbN, seine Arbeit für die genannte kurze Zeitspanne noch auszuführen, d. h. diese ao Befristung zu dulden. Es galt bereits die oK-Frist von einem Tag zum anderen, die im Baugewerbe während der Winterzeit für Hilfsarbeiter üblich ist.

Dieser Fall zeigt, wie fließend die Grenzen ineinander übergehen können: Es kann sogar fraglich sein, ob es sich hier um eine baoK oder um das Hinausschieben der Kündigung handelt. Wie im Einzelfall zu entscheiden ist, bleibt letztlich eine Frage der Auslegung der Kündigungserklärung, wobei alle Grundsätze, wie sie für die Auslegung von Willenserklärungen herausgebildet worden sind, heranzuziehen sind. Einen Anhaltspunkt hierfür kann das Verhältnis der Dauer der oK-Frist zur Dauer der Vollendung der Tätigkeit bei aoK geben. Beispielsweise wird man bei Dsv.en, bei denen die ordentliche Frist länger als von einem Tage auf den anderen (praktisch also mindestens dreitägige Frist) dauert, bei dem bloßen Verlangen nach Vollendung der Tätigkeit regelmäßig von einer unbaoK sprechen können. Wenn man bei dem obigen Beispiel mit dem Teerkessel davon ausgeht, daß die tägliche Arbeitszeit neun Stunden dauerte und das Vorheizen des Kessels somit etwa 1/3 dieser Zeit und damit 1/3 der oK-Frist in Anspruch nimmt, wird man hier schon von einer baoK sprechen können. Jedoch lassen sich keine allgemeingültigen Regeln mit genau bestimmten Fristen festlegen; es kommt - wie bereits betont - auf die Auslegung im Einzelfall an.

b) Zeitpunkt der Geltendmachung der besonderen Umstände

Gerade im Interesse der Rechtssicherheit muß verlangt werden, daß der Kündigende die besonderen Umstände bei Ausspruch der Kündigung gleich mit geltend macht, soweit sie auf seiner Seite auftreten und er deshalb - gegen den Widerspruch des Gekündigten - die Fortsetzung des Dsv.es für eine kurze Übergangszeit verlangt. Soweit jemandem zunächst fristlos gekündigt wird, sich aber der Gekündigte seinerseits auf besondere Umstände berufen will, hat er diese "unverzüglich" (§ 121 I 1 BGB) nach Empfang der Kündigungserklärung geltend zu machen.

c) Bestimmung der außerordentlichen Frist

aa) In den Fällen der gesetzlichen baoK (vgl. oben B II 3 b, dd) kann von Rechtsunsicherheit nicht die Rede sein, weil hier das Gesetz selbst die Frist im voraus genau bestimmt.

bb) Im übrigen bietet sich zunächst die Möglichkeit vorheriger vertraglicher oder tariflicher Fristvereinbarungen an. Hierbei ist jedoch vorweg festzustellen, daß die Rechtsnormen, die das aoK-Recht und auch den Anspruch auf außerordentliche Befristung garantieren, nicht durch Parteivereinbarung abdingbar sind, und zwar weder die Rechtsgrundlage und damit die Berechtigung zur aoK bzw. zur ao Befristung als solche, noch ihr Inhalt. "Die vermeintliche Vereinbarung eines aoK-Grundes stellt richtigerweise nur eine Modifizierung des Vertragszweckes dar. Dieser ist nicht auf vorbehaltlose Befriedigung des Gläubigerinteresses gerichtet, vielmehr soll dieses nur durchgesetzt werden, wenn nicht die Bedingung (des aoK-Grundes) eintritt" ²⁶⁾. Die Regelung solcher Rechtsfolgen hat sich der Gesetzgeber durch zwingende Normen weitgehend vorbehalten. Die Rechtsfolge beim alleinigen Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die Entstehung eines unbaoK-Rechtes, beim Hinzutreten eines besonderen Umstandes die Entstehung eines baoK-Rechtes.

Ebenso wie das Recht zur aoK durch vorherige Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann, da der allgemeine Rechtsgrundsatz der aoK allen Dsv. en unabdingbar immanent ist ²⁷⁾, in gleicher Weise kann der durch den besonderen Umstand begründete Anspruch auf Fortsetzung des Dsv. es, d. h. der vertraglichen Leistungen bis zum Ablauf einer ao Übergangsfrist, durch vorherige Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden, da der hier entwickelte allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK allen Dsv. en unabdingbar immanent ist.

Da beim gleichzeitigen Vorliegen wichtiger Gründe und besonderer Umstände das baoK-Recht entsteht, können für diesen Fall jedoch vertragliche Vereinbarungen über die Befristung getroffen werden, d. h. über die Dauer im einzelnen.

Soweit die vertraglichen ordentlichen Fristen länger sind als die gesetzlichen, können die kürzeren gesetzlichen Fristen als ao Fristen vereinbart werden. Es

26) PIEPER S. 83. So auch RAUCHFUSS S. 41: "modifizierte ordentliche Kündigung"; vgl. auch RAG in JW 1935 S. 3181.

Soweit solche Vereinbarungen dennoch getroffen werden, haben sie nach h. M. nur Einfluß auf die Entscheidung des Richters, ob im konkreten Fall wirklich eine Unzumutbarkeit vorliegt oder nicht. Statt aller HUECK-NIPP. S. 541; RAG in ARS 13 S. 308, 33 S. 19

27) Vgl. oben B II 3 d. Das Verbot eines solchen Ausschlusses der aoK durch Vereinbarung wird ergänzend auf die ausdrückliche Regelung in § 723 III BGB und § 133 III HGB gestützt.

können aber auch Bruchteile der ordentlichen Fristen vereinbart werden, etwa 1/4 oder 1/3 der ordentlichen Fristen; ferner kann auch die Vereinbarung getroffen werden, daß die aoK-Frist z. B. stets mit dem nächsten Monatsende abläuft, aber mindestens 2 Wochen beträgt (vgl. § 565 I 2 BGB), falls die oK immer sechs Wochen vor Quartalsende zu erfolgen hat, usw. Solche allgemeine vertragliche oder tarifliche Festsetzung der aoK-Frist wird in vielen Fällen praktisch sein und insbesondere der Klarheit und Rechtssicherheit dienen. Der Nachteil solcher vorherigen generellen Festsetzungen ist, daß sie zu wenig auf die jeweiligen Verhältnisse und Bedürfnisse des konkreten Falles eingehen. Dieser Nachteil wird dadurch etwas abgeschwächt, daß die vertraglichen ao Fristen durch nachträgliche Vereinbarung abgeändert werden können. Jedoch werden solche Abänderungen nicht selten an der Einwilligungsbereitschaft des Partners scheitern, dem die vertraglichen ao Fristen günstiger erscheinen. U. U. können die besonderen Umstände auch dergestalt sein, daß ein Abweichen von der allgemeinen vertraglichen aoK-Frist erforderlich und zumutbar ist. Soweit eine Abänderungseinigung in solchen Fällen nicht zustandekommt, bleibt dann noch der Weg der gerichtlichen Entscheidung.

cc) Soweit die aoK-Frist weder gesetzlich noch vertraglich oder tariflich festgesetzt ist und sich die Parteien auch nicht durch nachträgliche Vereinbarung auf eine "angemessene" Frist einigen können, geben die gesetzlichen Fristen einen festen Anhalt: Derjenige, der den besonderen Umstand und damit eine ao Übergangsfrist zu seinen Gunsten geltend macht, kann höchstens verlangen, daß das Dsv für die Dauer der gesetzlichen oK-Frist fortgesetzt wird. 27a)

Wenn es für einen bestimmten Fall keine gesetzlichen oK-Fristen gibt oder wenn die vertragliche oder tarifliche oK-Frist jedoch nicht länger ist als die gesetzliche oK-Frist, so kann nach dem Sinn und Zweck des Institutes der baoK nur eine kürzere Übergangsfrist als die vertragliche oder tarifliche oK-Frist gelten. In diesem Fall muß derjenige, der den besonderen Umstand geltend macht, berechtigt sein, eine nach Treu und Glauben zu bemessende kürzere Frist festzusetzen. Die Erfahrung muß allerdings zeigen, inwieweit diese letzte Fristregelung in der Rechtspraxis des Wirtschaftslebens Anerkennung finden und sich als praktikabel erweisen wird. Dieser gewissen Unsicherheit kann auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, auf dem die baoK die größte Bedeutung haben dürfte, de lege ferenda am schnellsten durch tarifliche Regelungen (wie oben B III 2 c, bb) begegnet werden.

Verlangt der Kündigende die Einhaltung einer solchen Frist, so hat er sich bei Ausspruch der Kündigungserklärung gleich genau festzulegen. Beansprucht der

27a) So auch HUECK-NIPPERDEY § 59 V 2: "TITZE: Das Recht des kaufm. Personals, S. 708 und § 105 des Entwurfes von 1938

Gekündigte die Innehaltung einer Frist, so hat er sich seinerseits unverzüglich genau zu erklären. Die Fristbestimmung kann aber auch Gegenstand einer besonderen Vereinbarung sein. 28) Es ist zulässig, das Ende der Frist von einer Bedingung abhängig zu machen. Voraussetzung ist jedoch, daß die Bedingung auf Seiten des Gekündigten eintritt 29).

Bei einem Streit über das Vorliegen eines besonderen Umstandes ist die Rechtsunsicherheit entschieden geringer als bei einem Streit über den wichtigen Grund. Während bei der unbefristeten aoK streitig ist, ob das Dsv überhaupt noch fortbesteht oder nicht, herrscht bei der baoK Einigkeit über die grundlegende Frage der auflösenden Wirkung der Kündigungserklärung. Lediglich der Zeitpunkt ist streitig. Diese Unsicherheit dauert nicht so lange, wie das nach der Wirksamkeit einer Kündigung möglich ist, wenn sich der Prozeß in die Länge zieht. Denn bei der baoK ist die eventuelle Unsicherheit auf alle Fälle durch die Dauer der ordentlichen Frist beschränkt 30).

Wenn das Rechtsinstitut der baoK erst einmal "volkstümlich" geworden sein sollte, könnte es sogar dazu verhelfen, viele Fälle "schwebender Rechtsunsicherheit" zu vermeiden. Denn sicherlich wären die Parteien, die sich über das Vorliegen eines wichtigen Grundes und damit über die Wirksamkeit einer aoK streiten, geneigt, einen solchen Streit durch Einigung auf eine ao Übergangsfrist zu beseitigen. So betrachtet wäre die baoK sogar geeignet, die Gefahr der Rechtsunsicherheit, die bei einer Anzahl von unbaoK, en offenbar würde, zu bannen 31).

dd) Schließlich gibt es Fälle, in denen durch richterliche Entscheidung die Angemessenheit der ao Frist bestimmt wird 32). Hier sind Bedenken wegen etwaiger

28) Bei einer solchen Einigung ist genau auf den Inhalt zu achten: Er muß sich auf die Dauer einer etwaigen Frist oder auf die Bestimmung des Zeitpunktes für das Ende des Vertrages beschränken. Ohne eine solche Beschränkung besteht die Gefahr, daß die Einigung, die nur eine Kündigungsmodalität regeln sollte, als Beendigungsvertrag gewertet werden muß. Dieser Unterschied kann insbesondere arbeits- und versicherungsrechtlich erheblich sein.

29) Z. B., daß der gekündigte ArbN einen neuen Arbeitsplatz findet. Solche Bedingungen hängen jedoch vom "guten Willen" des Gekündigten ab. Deshalb empfiehlt es sich in solchen Fällen, eine Mindestfrist zu bestimmen.

30) Die ao Frist kann die ordentliche nur überdauern, wenn sich die Parteien einig sind. Deshalb steht die vorstehende Behauptung nicht im Widerspruch zu dem unten B III 2 d Gesagten.

31) Siehe oben Anm. 28

32) Vgl. im einzelnen unten C II 2 bis 4

Rechtsunsicherheit nicht laut geworden. Denn die prozeßrechtlichen Regeln über Rechtskraft einer Entscheidung geben hinreichende Sicherheit.

Interessant und für das hier angestrebte Ziel sehr förderlich ist, daß das MSchG, das ganz auf die Praxis des täglichen Lebens abgestellt ist, von der sonst vorzufindenden Regel der Bestimmung gesetzlicher Fristen bei der baoK abgegangen ist und dem Richter eine größtmögliche Bewegungsfreiheit gegeben hat ³³⁾, so daß er bei der Bemessung der Übergangszeit ("Räumungsfrist") ganz nach Lage des Einzelfalles eine billige Entscheidung herbeiführen kann. Der Gesetzgeber vermied also ein starres System.

Diese Ausführungen unter nochmaligem Hinweis auf die tatbestandliche Konkretisierung der besonderen Umstände und ihrer Abgrenzung von den wichtigen Gründen zeigen also, daß die Bedenken wegen etwaiger Rechtsunsicherheit in der befürchteten Weise unbegründet sind und daß das Risiko bei der baoK im wesentlichen nicht größer ist, als es den einseitigen Gestaltungsrechten allgemein naturgemäß anhaftet.

d) Verhältnis der aoK-Frist zur oK-Frist

In der Rechtsprechung ³⁴⁾ wurde die Ansicht vertreten, daß die Länge der aoK-Frist durch die Länge der oK-Frist begrenzt werde. Dieser Meinung kann nicht ganz gefolgt werden. Ihr wurde auch in der Literatur widersprochen: Goetz HUECK ³⁵⁾ zeigt zu Recht deutlich, zu welchen unbilligen Ergebnissen eine solche Begrenzung führen kann: Ein ArbN hat durch eine Verfehlung einen wichtigen Grund herbeigeführt, der seine spätere Beschäftigung unzumutbar macht. Der ArbGeb ist aber in der Lage und gewillt, den unzuverlässigen ArbN noch eine Zeit lang unter besonderer Aufsicht zu beschäftigen. Eine derartige Beschäftigung auf die Dauer ist aber wegen der besonderen Art des Betriebes nicht tragbar. Hat auf diese Weise die aoK-Frist die Dauer der ordentlichen erreicht, so wäre der ArbGeb gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit dem ArbN deshalb zu lösen, damit die Wirkung der aoK - Ausschaltung des Kündigungsschutzes und sonstige unterschiedliche, z. B. versicherungsrechtliche Folgen - dem ArbGeb nicht verloren geht. Dieses Ergebnis wäre unbillig. Natürlich darf die ao Frist nicht von vornherein so bestimmt sein, daß sie die ordentliche Frist überdauert. In solchen Fällen wird sich die Frage aufdrängen, ob wirklich eine Unzumutbarkeit für den Kündigenden vorgelegen hatte. Das wäre grundsätzlich zu verneinen.

33) Vgl. ROQUETTE, Mietrecht S. 463 f

34) AP 1954 Nr. 93

35) Anm. zu AP 1954 Nr. 93

Wenn andererseits ERMAN-KÜCHENHOFF (§ 626 Anm. 4) sagt: "Der Berechtigte kann in der Regel fristlos, er kann auch mit einer 'beliebigen' Frist kündigen" 36), so geht diese Formulierung ohne weitere Erklärung oder Einschränkung zu weit.

Aus den vorgenannten Gründen folgt weiter, daß es unzutreffend ist, wenn MOLI-TOR (S. 252) und MITTELSTEIN-STERN (S. 481) jene gesetzlich geregelten Fälle von baoK 37) nicht mehr als aoK bezeichnen, in denen die vertraglichen Fristen mit den gesetzlichen übereinstimmen oder sogar noch kürzer sind als diese. Denn über die Qualität einer Kündigung als ao oder ordentliche entscheidet allein das Vorliegen eines wichtigen Grundes und nicht die Länge einer etwaigen Frist 38).

IV. Ergebnis

Die Untersuchung der typischen Interessenlagen führte zu der Forderung, daß es nicht nur das Gegensatzpaar von ordentlichem Auflösungsinteresse und ordentlichem Bestandsinteresse gibt, sondern daß es auch das weitere Gegensatzpaar geben müsse, bei dem dem ao Auflösungsinteresse ein ao Bestandsinteresse entgegengesetzt werden kann. Diese in der baoK vorgenommene Interessenabwägung fügt sich in das System der Kündigungsarten nahtlos ein. Die notwendige rechtliche Legitimation der baoK führte zu folgenden Ergebnissen:

Der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK hat seine rechtliche Grundlage in den §§ 242, 549 I 2, 569, 570, 581 II/596 II, 1056 II, 2135 BGB, 6 I 2, 24 I 2, 70 VVG, 19, 22 I KO, 51 II VglO, 30 ErbbVO, 57a ZVG, 37 III WEG, d. h. er stützt sich in erster Linie auf den Grundsatz von Treu und Glauben (insbesondere auf die aus ihm hergeleiteten spezielleren Begriffe der "Billigkeit", des "Treueverhältnisses" und der "unzulässigen Rechtsausübung") und ergänzend auf eine Analogie zu den genannten Einzelschriften. Diese Legitimierung der baoK ähnelt sehr der Begründung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der (unb-)aoK.

Der rechtliche Tatbestand des "wichtigen Grundes" begründet das Recht, grundsätzlich ao unbefristet zu kündigen bzw. die Pflicht, eine sofortige ao Auflösung des Dsv. es zu dulden.

Der rechtliche Tatbestand des "besonderen Umstandes" begründet entsprechend das Recht, eine ao Befristung zu verlangen bzw. die Pflicht, die Fortsetzung des Dsv. es für eine ao Übergangszeit zu dulden. Ein und dieselben Tatsachen, die einen wichtigen Grund rechtfertigen, können niemals gleichzeitig einen besonderen Umstand rechtfertigen (und umgekehrt). Deshalb lassen sich beide Begriffe

36) Ebenso "beliebig" auch STAUDINGER-NIPP-M-N § 626 Erl. 6; auch LAG Kiel in BB 1951 S. 840; vorsichtiger HUECK-NIPP S. 538

37) Vgl. oben B II 3 b, dd

38) Vgl. oben B III 1 c mit Anm. 7

klar gegeneinander abgrenzen. Beide Begriffe lassen sich auch tatbestandlich hinreichend genau definieren. Das ao Auflösungsinteresse und das ao Bestandsinteresse sind abwägend gegenüberzustellen, um so zu einer billigen Gesamtwürdigung der Frage nach dem Auflösungszeitpunkt zu gelangen. Auch hinsichtlich der Bestimmung der aoK-Frist greifen die Bedenken wegen etwaiger Gefährdung der Rechtssicherheit nicht durch.

Somit ist der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK rechtlich legitimiert und eine Pflicht zur Innehaltung einer ao Frist bei der aoK rechtlich begründet und tatbestandlich umgrenzt.

C.

Bedeutung und Wirkung der baoK im Bereich der einzelnen Dsv.e

I. Die baoK im Arbeitsrecht

1. Die Suspendierung

Es könnte sein, daß die Institute der Suspendierung ¹⁾ und Suspension ²⁾ den Anwendungsbereich der baoK einschränken. Da es bei dieser Arbeit um das einseitige Recht einer Partei zur aoK geht, steht die Suspendierung als ebenfalls einseitige Maßnahme im Vordergrund des Interesses. Ob im Einzelfall ein Vertrag über Suspension (= Ruhen der Hauptpflichten beider Vertragspartner) zustande kommen müßte oder ob das Ruhen einer der beiden Hauptpflichten genügt (Suspendierung), wird nach Treu und Glauben ganz auf die jeweiligen Einzelumstände ankommen.

1) "Suspendierung" ist die einseitige Willenserklärung des ArbGeb., durch die er dem ArbN wegen Vorliegens eines besonderen Grundes die Weiterführung seiner Dienste und meistens auch das Betreten der Arbeitsstätte untersagt, NIKISCH S. 515, vgl. auch HUECK-NIPPERDEY S. 352 f, ISELE S. 119, 121, MOLITOR in ArbRBlattei, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis VII, Suspendierung des Arbeitnehmers, Abschnitt A

2) Von der einseitigen Erklärung des ArbG ist das Ruhen des Arbeitsverhältnisses unter Wegfall der beiderseitigen Hauptpflichten durch vertragliche Vereinbarung (sog. "Werksbeurlaubung" ISELE S. 113 f) oder kraft Gesetzes, z. B. aufgrund des "Eignungsübungsgesetzes" vom 20. 1. 1956 (BGBl I S. 13 und 1961 I S. 303) und des "Arbeitsplatzschutzgesetzes" vom 30. 3. 1957 (BGBl. I S. 293) zu unterscheiden, NIKISCH S. 683 f, siehe auch HUECK-NIPPERDEY S. 196 f. ISELE aaO schlägt vor, die Ausdrücke "Suspendierung" für die einseitige Erklärung und "Suspension" für das vertragliche oder gesetzliche Ruhen des Arbeitsverhältnisses zu verwenden.

a) Unterscheidung zwischen Suspendierung und baoK

Einer besonderen Betrachtung bedarf zunächst das Verhältnis der baoK zur Suspendierung ³⁾. Beide Institute gleichen sich darin, daß sie nur ausgesprochen werden können, wenn sie durch einen Grund gerechtfertigt sind ⁴⁾; beide sollen bestimmte sofortige Wirkungen herbeiführen, ohne hierbei an Termine gebunden zu sein. Der entscheidende Unterschied liegt aber gerade in dieser Wirkung. Denn die Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis, dagegen "bewirkt die Suspendierung nur eine Inhaltsänderung des Arbeitsverhältnisses, die lediglich das vorübergehende Ruhen gewisser Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zur Folge hat" ⁵⁾. Dieser Unterschied macht deutlich, daß die Suspendierung das Institut der baoK als solches nicht zu ersetzen vermag.

b) Koppelung der Suspendierung mit der boK

Jedoch können sich wertvolle Erkenntnisse durch die Kombination von Kündigung und Suspendierung ergeben, und zwar in folgender Weise: Es wäre denkbar, im Falle einer einmonatigen oK-Frist die Interessenabwägung zwischen dem ao Auflösungsinteresse des ArbGeb und dem ao Bestandsinteresse des ArbN dadurch herbeizuführen, daß dem ArbN mit der ordentlichen Frist von einem Monat gekündigt wird und daß er während dieser Frist gleichzeitig suspendiert wird. Durch die Suspendierung würde man dem Interesse des ArbGeb gerecht werden, daß diesem die Fortsetzung des Verhältnisses mit dem ArbN tatsächlich und persönlich nicht mehr zumutbar ist, ohne jedoch den ArbN sofort auf die Straße zu setzen.

Dieses Beispiel läßt aber die engen Grenzen erkennen, die einer solchen Regelung gesetzt sind. Denn erstens ist nur eine Suspendierung des ArbN möglich; soweit die Befristung im Interesse des ArbGeb erfolgt, würde die Suspendierung den Zweck, daß der ArbN vorübergehend zu Dienstleistungen verpflichtet bleibt, gerade vereiteln. Zweitens würde bei längeren oK-Fristen eine Suspendierung dem ArbGeb nicht zuzumuten sein. Drittens ist es sehr fraglich, ob dem ArbGeb überhaupt

3) "Der Begriff der Suspendierung des Arbeitsverhältnisses hat erst in neuerer Zeit in das deutsche Arbeitsrecht Eingang gefunden. Eine positive gesetzliche Regelung findet sich in unserem Arbeitsrecht nicht. Vielmehr wurde der Begriff von der Praxis eingeführt und dann auch von der Rechtslehre übernommen; er hat seinen Ursprung im Beamtenrecht (§§ 125 ff des ReichsbeamtenG vom 31. 3. 1873 i. d. F. vom 17. 5. 1907; eine Nebenfolge eines Straf- oder Dienstverfahrens) und wurde zuerst benutzt, um die Erfordernisse einer rechtswirksamen Kündigung schärfer herauszustellen (HEINRICH S. 1). Vgl. auch §§ 78 ff Bundesdisziplinarordnung vom 28. 11. 1952

4) HEINRICH S. 18 f, der auf diese Frage näher eingeht

5) HEINRICH S. 19; vgl. auch ISELE S. 115

eine Suspendierung zugemutet werden kann, weil durch sie nur das Ruhen insbesondere der Leistungspflichten des ArbN bewirkt wird; die Leistungspflichten des ArbGeb⁶⁾ bleiben jedoch grundsätzlich bestehen. Viertens sind die Rechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz (§§ 60 ff) zu beachten. Fünftens ist besonders wichtig, daß die Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Frist trotz gleichzeitiger Suspendierung den Charakter einer oK auf alle Fälle behält, so daß sich alle Unterschiede zwischen oK und aoK auswirken. Hierzu gehört insbesondere die Anwendbarkeit des KSchG. Aus dieser Vielzahl von Argumenten folgt, daß die Suspendierung nicht geeignet ist, das Institut der baoK überflüssig zu machen.

c) Koppelung der Suspendierung mit der baoK

Denkbar wäre auch eine Kombination von Suspendierung und baoK. Nach dem oben genannten Grundsatz der "schonenden Ausübung des Kündigungsrechtes" als Ausfluß des "Treuegedankens" ist die Möglichkeit der Suspendierung auch ins Auge zu fassen. Sie kann dazu führen, daß die Zumutbarkeit zur vorübergehenden rechtlichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eher bejaht wird; Soweit sogar eine kurzfristige - persönliche oder tatsächliche - Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den ArbGeb unzumutbar ist, kann dies unter rechtlichem Fortbestand durch Suspendierung vermieden bzw. umgangen werden ⁷⁾.

Es zeigt sich also, daß die Suspendierung bestenfalls durch Koppelung mit der boK die baoK tatsächlich überflüssig machen kann, daß aber die Koppelung mit der baoK diese sogar noch eher zumutbar werden läßt und somit der baoK zu weiterer praktischer Geltung verhelfen kann.

6) Zur Frage des grundsätzlichen Fortbestehens der Lohnzahlungspflicht siehe HEINRICH S. 38 ff mit Literatur (Fraglich ist ferner die etwaige Pflicht des ArbN, auf den Lohn zu verzichten), der Pflichten gegenüber der Sozialversicherung (HEINRICH S. 63 ff), etwaiger Verpflichtungen wegen Urlaub (-sgeld) und Gratifikationsansprüchen (HEINRICH S. 71 ff).

Zur Frage des etwaigen Fortfalls des Lohnanspruchs vgl. auch ISELE S. 118 f mit Literatur

7) Beispiel: Der ArbN gibt dem ArbGeb einen wichtigen Grund, am 27. März sofort ao zu kündigen. Als "besonderer Umstand" kann u. U. geltend gemacht werden, daß dem ArbN, der sechs Wochen vor Quartalsende ordentlich kündbar ist, unnötige Schwierigkeiten in seinem späteren beruflichen Fortkommen dadurch entstehen können, daß er zu so einem ungewöhnlichen Termin entlassen wurde (Hier sei daran erinnert, daß die aoK keinen Strafcharakter haben soll). Hier wird man dem ArbGeb u. U. zumuten können, baoK zum 31. März auszusprechen und den ArbN solange zu suspendieren.

Vgl. auch STAUB § 70 Anm. 2 und HUECK: Recht der OHG 1. Aufl. S. 212 insb. Anm. 20 für einen ähnlichen Fall im Gesellschaftsrecht

2. Abmahnung

Es ist allgemein anerkannt, daß sich der wichtige Grund auch erst aus dem Gesamtverhalten und aus der Gesamtheit der Umstände ergeben kann, so daß die einzelnen vorgebrachten Gründe für sich nicht ausreichen würden. Dies trifft vor allem dann zu, wenn sich bestimmte Vertragsstörungen wiederholen⁸⁾. In ihrer Summe stellen sie einen wichtigen Grund dar. In solchen Fällen ist aber nicht immer ohne weiteres einzusehen, daß gerade das letzte, zum Anlaß genommene Vorkommnis die Unzumutbarkeit und damit auch die Rechtfertigung zur aoK herbeiführt. Vielmehr folgt aus dem Treueverhältnis für den durch die Störungen Betroffenen insbesondere die Pflicht, den zu Kündigenden erst zu mahnen und ihm für den Fall der Wiederholung die (unbefristete) aoK anzudrohen.

Durch eine solche vorherige Abmahnung hat der zu Kündigende die Möglichkeit, sich für den Fall der Wiederholung auf eine etwaige Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Lage einzustellen. In den meisten Fällen liegt es sogar in seiner Macht, eine Wiederholung zu verhindern. Durch diese Umstände kann ein Interessenkonflikt, wie er der baoK zugrundeliegt, ausgeschlossen sein. Deshalb werden die Fälle, in denen nach Abmahnung noch "besondere Umstände" durchgreifen, selten sein.

3. Schadensersatz

Insbesondere in jenen Fällen, in denen das Gläubigerinteresse sich weniger positiv darauf richtet, daß bestimmte Vertragsleistungen weiterhin erbracht werden, als negativ darauf, daß bestimmte Vermögensverluste nicht eintreten bzw. nicht zu Lasten des Kündigenden gehen, kann der Interessenkonflikt durch Schadensersatzleistungen (regelmäßig in Geld) ausgeglichen werden. Soweit das der Fall ist, kann die Anwendung der baoK überflüssig sein.

4. Besondere Umstände

Die oben (B III 1 b, S. 36) angekündigte und nun vorzunehmende spezielle Prüfung der besonderen Umstände bei den einzelnen Arten der Dsv.e zeigt, daß beim Arbeitsverhältnis folgende typische Interessenlagen auftreten:

8) Z. B. das Zuspätkommen zum Dienst, das Fortgehen während des Dienstes, das zu frühe Fortgehen vor Dienstschuß, das Erscheinen in einem stark arbeitsmindernden Zustand (Angetrunkenheit, Übernachtigung) oder in einem unwürdigen Zustand (Kleidung, sonstige Gepflegtheit), unbeherrschtes Verhalten oder häufige Fahrlässigkeit als Fehlerquellen.

Wird einem ArbN gekündigt, so liegt die Besonderheit meist darin, daß ihm mit Auflösung des Arbeitsverhältnisses seine und seiner Familie Existenzgrundlage verloren geht, da der Arbeitslohn regelmäßig die einzige Einkunftsquelle ist. Aus diesem einschneidenden Ereignis können sich im Einzelfall besondere Nachteile und Härten ergeben. Die jeweilige Lage des Arbeitsmarktes, die Frage, wie schnell der Gekündigte aufgrund seines jeweiligen Berufes eine neue Stellung und Existenz findet, werden für die Annahme "besonderer Umstände" erheblichen Einfluß haben. Insbesondere bei Personen, die höhere Dienste leisten oder die z. B. aufgrund längerer Betriebszugehörigkeit längere Kündigungsfristen haben, werden aoK. en in stärkerem Maße als Makel empfunden als bei niederen Diensten. Hiermit in Verbindung steht auch die Erscheinung, daß bestimmte Berufe regelmäßig nur zu bestimmten Terminen eingestellt zu werden pflegen, wogegen andere zu jeder Zeit, z. B. auch mitten im Quartal, eingestellt werden.

Für ArbGeb ist die Auflösung einzelner Arbeitsverhältnisse regelmäßig weniger einschneidend⁹⁾. Je kleiner ein Unternehmer ist, um so abhängiger wird der Unternehmer jedoch von dem Bestand eines einzelnen bestimmten Arbeitsverhältnisses sein, z. B. bei kleinen Handwerksbetrieben, insbesondere dann, wenn der ArbN bestimmte Qualitäten aufweist, die der ArbGeb (Unternehmer) selbst nicht hat (z. B. Meisterprüfung, Fahrlehrerprüfung für bestimmte Fahrzeugklassen; beachte auch Einführungsbeispiel Nr. 4 Seite 2). Je größer ein Unternehmen ist, um so unabhängiger wird der Unternehmer vom Bestand einzelner Arbeitsverhältnisse regelmäßig sein. Dennoch wird auch hier die Frage nach Ersatzbeschaffung für den Ausfall im Vordergrund stehen. Wichtig ist oft das Erfordernis, daß der ausscheidende ArbN seinen Nachfolger in den Arbeitsbereich einweist. Letztlich entscheidend ist also die Art und die Entbehrlichkeit der jeweiligen Dienste im Verhältnis zum Unternehmensorganismus.

Auch hier sei noch einmal erwähnt, daß die besonderen Umstände mit den wichtigen Gründen abzuwägen sind (B III 1 b), um so zu einer Gesamtwürdigung zu kommen.

9) Jedoch ist auch hier ein Wandel der Interessenlagen wieder im Fluß: Nachdem die schwächere Position der ArbN einen gesetzlichen Schutz nach Maßgabe des KSchG erforderlich machte, geraten in letzter Zeit aufgrund des steigenden Mangels an Facharbeitern die ArbGeb immer stärker in Abhängigkeit, wodurch sich die Lage der ArbN festigt. Nicht selten sind die ArbGeb sogar der Gefahr ausgesetzt, daß die Konkurrenz ArbN abwirbt. Den Schutz nach dem UWG empfinden die ArbGeb oftmals als unzureichend. (Vgl. auch FELLER in RdA 1963 S. 128 ff "Die Ansprüche des ArbGeb gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung") Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft das Werben um Gastarbeiter rückläufige Tendenzen bringt.

5. Ergebnis

Die gesetzlichen Vorschriften des Dienst- und Arbeitsrechts berücksichtigen die baoK nicht¹⁰⁾. Rechtsgrundlage der baoK ist daher der hier entwickelte allgemeine Rechtsgrundsatz. Spezielle Rechtsinstitute des Arbeitsrechts, die das Institut der baoK rechtlich ausschließen, gibt es grundsätzlich nicht. Tatsächlich kann allerdings ein gleichwertiges Ergebnis durch Koppelung der boK mit einer Suspendierung erreicht werden. Der Anwendungsbereich einer solchen Kombination ist recht begrenzt. Die Suspendierung kann aber auch dazu führen, daß die Einhaltung einer ao Frist eher zumutbar ist. Das Institut der "Abmahnung" wird die Annahme besonderer Umstände regelmäßig tatsächlich ausschließen. Soweit der Interessenkonflikt auch durch Schadensersatzleistung ausgeglichen werden kann, kann die Anwendung der baoK gleichfalls tatsächlich überflüssig sein. Da der ArbN vom Bestande des Arbeitsverhältnisses regelmäßig in stärkerem Maße abhängig ist als der ArbG, werden auf Seiten des ArbN eher besondere Umstände auftreten.

II. Die baoK im Mietrecht

1. Abmahnung

Die Gesetzesväter des BGB statteten das Mietrecht insofern mit einem besonders starken generellen Bestandschutzinteresse aus, als sie eine "Kündigung aus wichtigem Grunde" - etwa wie in den §§ 626, 723 BGB - nicht vorsahen¹¹⁾; weiterhin berücksichtigt es nur sachbezogene Mängel und läßt etwaige personenbezogene Mängel unberücksichtigt. Da sich Sachmängel regelmäßig beheben lassen, steht im Mietrecht des BGB nicht ein aoK-Recht, sondern die Pflicht des durch die Störung Betroffenen im Vordergrund, den für den Sachmangel Verantwortlichen mit der Aufforderung abzumahnern, den Sachmangel zu beseitigen. Erst wenn die Nichtbeseitigung während der "Warnfrist" nicht eingetreten ist, entsteht durch diese Voraussetzung ein aoK-Recht. Das Institut der Abmahnung drängt die praktische

10) Von den Ausnahmenvorschriften auf den Sondergebieten des Konkursrechtes (§§ 19, 22 I KO) und Vergleichsrechtes (§ 51 II VglO) sei hier abgesehen. Das baoK-Recht des Lehrlings (s. o. B III 1 c Anm. 15) wurde wegen Systemwidrigkeit ohnehin außer Betracht gelassen.

11) Es gibt lediglich zwei Einzelfälle einer unbaoK in den § 544 und 542 BGB. Jedoch ist später durch Lehre und Rechtsprechung ein allgemeines Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde auch im Mietrecht aufgrund einer Analogie zu arbeitsrechtlichen und einer gesellschaftsrechtlichen Vorschrift (s. o. B II 3 d) generell anerkannt worden. Ebenso ist anerkannt, daß auch persönlichkeitsbedingte Mängel zur aoK berechtigen können.

Anwendbarkeit und Bedeutung der baoK im Bereich des Mietrechtes noch stärker zurück als in den anderen Rechtsgebieten.

2. Schadensersatz

Inhalt der Mietverträge sind in erster Linie Sachleistungen. Deshalb gehört das Mietrecht ganz eindeutig zum Vermögensrecht. Soweit im Vermögensrecht Nachteile oder Schäden eintreten, lassen sich diese regelmäßig durch Schadensersatzleistungen ausgleichen. Das ist der Grund, warum insoweit das Vorliegen "besonderer Umstände" seltener bejaht werden wird als in den anderen Rechtsgebieten. Da jedoch der Interessenkonflikt, wie er der baoK zugrundeliegt, auch im Mietrecht keineswegs stets durch Schadensersatzleistungen gelöst werden kann, bleibt es bei der generellen Geltung der baoK.

3. Räumungsfrist nach dem Mieterschutzgesetz

a) "Kündigung" durch Auflösungsurteil

Es mag zweifelhaft erscheinen, ob die Fälle, in denen ein Dsv durch richterliches Gestaltungsurteil aufgehoben wird, in das Kündigungsrecht eingeordnet und hier mitbehandelt werden können. Deshalb ist auf diese Frage vorweg einzugehen.

Man wird zwei Arten von Gestaltungsurteilen ¹²⁾ unterscheiden können: Solche, bei denen das Verfahren von Amts wegen in Gang gesetzt wird ¹³⁾, und solche, bei denen das Verfahren nur durch Rechtsschutzgesuch einer Partei in Gang kommt. Hier kommen nur Verfahren in Betracht, die von der Parteiinitiative ¹⁴⁾ abhängig sind. Als Beispiel kann der nach § 133 HGB angestrebte Prozeß angeführt werden. Diese gesetzestechnische Regelung, durch die die unmittelbare Machtbefugnis, ein Dsv zu beenden, dem Parteiwillen entzogen ¹⁵⁾ und dem Richter übertragen wird, ist rechtsdogmatisch eine Ausnahme von der grundsätzlichen Freiheit der Parteien in der Ausübung von Gestaltungsrechten. Von dieser Freiheit ist nur noch das Recht übrig geblieben, nach freiem Willen Klage zu erheben oder nicht. Die Entscheidung, ob die Gestaltungswirkung eintreten soll oder nicht, liegt in der

12) Es müssen nicht "Urteile" im technischen Sinne sein. Vielmehr kommen auch andere gerichtliche Entscheidungen (Beschlüsse) in Betracht.

13) So insbesondere im Bereich der sog. Freiwilligen Gerichtsbarkeit

14) Diese Verfahren unterliegen der Dispositions- und Verhandlungsmaxime und der formellen Wahrheit

15) Nach Art. 125 des alten HGB wurde die Auflösung noch ohne gerichtliche Mitwirkung, nämlich nur durch rechtsgeschäftliche Kündigung bewirkt, wie jetzt noch bei der BGB-Gesellschaft

Machtbefugnis des Richters. Also ist die Machtbefugnis dem Parteiwillen nicht gänzlich entzogen, sondern lediglich insoweit, als der Richter aufgrund des Rechtsschutzgesuches des Klägers zu prüfen hat, ob ein Tatbestand vorliegt, der eine (ao) Auflösung des Dsv. es rechtfertigt. Bejaht der Richter diese Frage, so führt er durch Gestaltungsurteil die Rechtswirkung herbei, die sonst der Kläger selbst durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung herbeiführen würde. Aus dieser Betrachtungsweise folgt, daß das Auflösungsurteil implicite die Feststellung zum Inhalt hat, ob ein wichtiger Grund mit der Folge der Unzumutbarkeit und der Berechtigung, Auflösung zu verlangen, vorliegt. Demnach macht der klagende Auflösungs- (Kündigungs-)Berechtigte einen Anspruch im Sinne des materiellen Rechts geltend ¹⁶⁾ und hat einen prozessualen Anspruch gegen das Gericht auf dessen Mitwirkung, wenn es den materiellen Anspruch des Klägers anerkennt ¹⁷⁾. Diese dogmatische Ausnahme, ein Dsv statt durch rechtsgeschäftliche Kündigung durch Urteil aufzulösen, findet ihre Rechtfertigung nur in rechtspolitischen Tendenzen wie z. B. dem Verlangen nach erhöhter Rechtssicherheit und -klarheit, und in sozial- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten.

Eine weitere dogmatische Ausnahme brachte - allerdings in abgeschwächter Form - das KSchG; Hiernach ist dem ArbG das Kündigungsrecht zwar grundsätzlich geblieben; jedoch ist die Gestaltungswirkung zunächst nur schwebend wirksam, vorbehaltlich einer Feststellungsklage des ArbN binnen drei Wochen (§§ 3 und 6 KSchG). Eine verstärkte Ausnahme brachte § 1 des MSchG; verstärkt deshalb, weil diese Vorschrift - im Gegensatz zu § 133 HGB ¹⁸⁾ - vertraglich nicht abdingbar ist.

16) So auch ROSENBERG S. 411; ROQUETTE Mieterschutz § 1 Anm. 75 f; "Der Rechtscharakter des 'Verlangens' ist sowohl vom materiellen Recht wie auch vom Prozeßrecht her zu bestimmen". "Es kann insofern mit den Gestaltungsrechten wie Kündigung in Parallele gesetzt werden." Ebenso BETTERMANN RdNr. 1 vor §§ 2-4. "Vom Prozeßrecht her betrachtet ist das 'Verlangen' des Mieters die Klagebefugnis", ROQUETTE Mieterschutz § 1 Anm. 75

17) Kommt das Gericht also zu dem Ergebnis, daß ein wichtiger Grund vorliegt, so ist es auch verpflichtet, dem Antrag auf Auflösung zu entsprechen. So auch HUECK, Recht der OHG, S. 242 im Falle des § 133; STAUB § 133 Anm. 13; "ebenso Goldmann Anm. 5".

18) HUECK; Recht der OHG S. 245; "heute h. M.". Vgl. auch WEIPERT § 133 Anm. 26; SCHLEGELBERGER § 133 Anm. 31; DÜRINGER-HACH. § 133 Anm. 21; ferner MÖHLE S. 184 mit RG in ZAKDR 1938 S. 818; RGRK-HGB § 133 Anm. 25. Abweichend nur STAUB § 133 Anm. 21

Diese Ausführungen zeigten: Die Ausnahmeerscheinung der Gestaltungswirkung durch Richterspruch ist, soweit sie hier in Betracht kommt, "entwicklungsge-schichtlich" dadurch entstanden, daß der Gesetzgeber - systemwidrig - die Macht-befugnis mehr oder weniger dem Parteiwillen entzogen und in staatliche Hände gelegt hat. Damit ist die unmittelbare Verwandtschaft zwischen Kündigung und auflösendem Gestaltungsurteil nachgewiesen. Diese Verwandtschaft berechtigt, die Gestaltungsurteile insoweit in diese kündigungsrechtliche Arbeit miteinzube-ziehen.

b) Räumungsfrist nach § 5a MSchG

Diese Vorschrift verdient besondere Beachtung: Sie kehrt die oben (§. 38) hervor-gehobene Regel, daß die aoK unbefristet ist, in ihr Gegenteil, indem regelmäßig eine ao Übergangsfrist zu gewähren ist. Von dieser Regel gibt es nur zwei Ausnah-men¹⁹⁾. Diese Vorschrift enthält auch die Interessenabwägung²⁰⁾, wie sie der baoK zugrundeliegt, ja sie enthält durch die erste Ausnahme ("unbillige Härte für den Vermieter") sogar eine noch weitergehende Interessenabwägung, wie oben unter "Sonderfälle der besonderen Umstände" (B III 1 d, aa) bereits ausgeführt wurde. Deshalb wird durch diese gesetzliche Regelung, die als lex specialis vorgeht, die zusätzliche Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der baoK im Bereich des Mieterschutzgesetzes überflüssig. Andererseits ist aber in dieser gesetzlichen Regelung im Ergebnis eine Bestätigung der Notwendigkeit und Richtigkeit des hier verfolgten Zieles zu sehen, daß zwischen dem ao Auflösungsinteresse und dem ao Bestandsinteresse durch Gewährung einer ao Übergangsfrist zu vermitteln ist.

19) Und zwar für die Fälle, daß mit der Bewilligung einer Räumungsfrist "für den Vermieter unbillige Härten verbunden wären oder daß die Versagung der Frist keine unbillige Härte für den Mieter darstellt". (§ 5a I 1 a. E.)

20) Das MSchG bedient sich nicht der Generalklausel des wichtigen Grundes, son-dern bleibt beim enumerativen Prinzip. Teilweise decken sich die bereits be-stehenden Vorschriften mit denen des MSchG (§ 3 MSchG entspricht § 554 BGB, § 2 MSchG entspricht § 553 BGB); andere Vorschriften sind durch die Wohn-raumbewirtschaftung bedingt (§§ 4 und 4b MSchG). § 2 enthält insofern eine Neuerung, als die persönlichen Beziehungen der Wohngemeinschaft (also nicht nur der Vertragsparteien) berücksichtigt werden. Diese Vorschrift ist in ihrer Gesamtheit so weit gefaßt, daß sie einer Generalklausel im Ergebnis gleich kommen dürfte. Deshalb wird man im Bereich des MSchG praktisch ohne den allg. Rechtsgrundsatz der (unb-)aoK (siehe oben Anm. 14) auskommen.

4. Räumungsfristen nach §§ 721 ZPO, 7 GRMG, 30 und 31 WBewG und 27 I MSchG

Die genannten Vorschriften geben dem beklagten Gekündigten die Möglichkeit, Antrag auf Bewilligung einer Räumungsfrist zu stellen. Ohne Antrag entscheidet das Gericht - im Gegensatz zu § 5a MSchG - über diese Frage nicht. Die Gewährung der Räumungsfrist steht nicht nur wegen der angemessenen Dauer, sondern auch wegen der Bewilligung überhaupt im Ermessen des Gerichts. Auch diese Vorschriften berücksichtigen im Ergebnis das Interesse an einer ao Übergangszeit zwecks Anpassung an die veränderten Umstände. Jedoch bestehen zwischen den Räumungsfristen aufgrund der genannten Vorschriften und aufgrund § 5a MSchG wesentliche rechtliche Unterschiede:

5. Rechtsverhältnisse während der Räumungsfristen

a) Vollstreckungsschutz

Die unter 4) genannten Vorschriften haben den Sinn, dem Beklagten Vollstreckungsschutz zu gewähren. Deshalb kommt diesen Vorschriften nur prozeßrechtliche Bedeutung bei, ohne daß sie einen gestaltenden Einfluß auf die materielle Rechtslage ausüben. Wurde also einem Antrag auf Räumung stattgegeben, weil das Mietverhältnis als beendet anerkannt wurde, so bleibt der vertragslose Zustand ²¹⁾ ²²⁾ weiterhin bestehen. Die Benutzungsbefugnis des Mieters ist ohne sachlich-rechtliche Grundlage.

b) Mietverhältnisse kraft Richterspruch

Erkennt der Richter den Auflösungsanspruch des Vermieters aufgrund der §§ 2 - 4b MSchG an, so erklärt er das Mietverhältnis für aufgelöst. Die hierbei zu gewähren-

21) Vgl. ROQUETTE: Vertraglose Mietverhältnisse in DR 1939 S. 404 ff

22) Aus diesem Zustand ergeben sich die entsprechenden Folgen: Das Weiterverbleiben des Mieters während der Dauer der Räumungsfristen bedeutet eine Vorenthaltung der Mietsache (ROQUETTE Mietrecht S. 423). Die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietzinses ergibt sich aus § 557 Satz 1 BGB. Nach Satz 2 ist die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen. Danach wird der Mieter durch den Vollstreckungsschutz, der ihm durch die Räumungsfrist gewährt wird, nicht von den Rechtsfolgen des Verzuges befreit (so auch ROQUETTE Mietrecht S. 469). "Die Ausnutzung der Räumungsfrist geschieht allein auf die Gefahr des Mieters". "Andererseits ist der Vermieter nicht verpflichtet, die nach dem Mietvertrag bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Ihn trifft deshalb nicht die Instandsetzungspflicht, er hat vielmehr nur die allgemeine Sicherungspflicht, die er jedem Dritten gegenüber zu erfüllen hat" (ROQUETTE, Mietrecht S. 469)

de Räumungsfrist²³⁾ führt im Mietaufhebungsurteil unmittelbar sachlich-rechtliche Wirkungen herbei²⁴⁾. Das frühere Mietverhältnis, das durch das Urteil beendet worden ist, bleibt aufgehoben. Jedoch wird durch den Richterspruch zwischen den Vertragsteilen ein neues Mietverhältnis ("gesetzliches Mietverhältnis") begründet²⁵⁾, das inhaltlich dem aufgehobenen Mietverhältnis entspricht²⁶⁾. "Während der Räumungsfrist haben die Vertragsteile also die bisherigen Rechte und Pflichten, jedoch nicht über den Zeitpunkt der tatsächlichen Räumung hinaus". "Dieses Rechtsverhältnis wird auch vom Gesetz hinsichtlich seiner Aufhebungsmöglichkeit einem (vertraglichen) Mietverhältnis gleichgestellt. Treten nämlich während des Laufs der Räumungsfrist Tatsachen ein, die den Vermieter zur Erhebung einer Klage nach §§ 2 oder 3 MSchG berechtigen, so kann der Vermieter Aufhebung der Räumungsfrist beantragen." 27)

6. Besondere Umstände

a) Grundsätzlich

Die besonderen Umstände haben zur Voraussetzung, daß ein ao Gläubigerinteresse an der wenigstens noch kurzfristigen weiteren Erfüllung, d. h. an der Erbringung der vertraglichen Leistungen besteht. Inhalt dieser Leistungen sind bei den "Mietverhältnissen" (im weiten Sinn) auf beiden Seiten grundsätzlich und in erster Linie gegenständliche Leistungen. Die Leistung des "Mieters" besteht regelmäßig in Geld oder sonstigen vertretbaren Sachen. Das Interesse an solchen Leistungen setzt nicht unbedingt die Fortdauer des Vertrages voraus. Vielmehr können diese Leistungen auch ohne Fortdauer des Dsv. erbracht werden. Die Zahlung des Entgelts nimmt dann den Charakter einer Ersatzleistung für einen etwaigen Ausfall an²⁸⁾.

23) Zum Verhältnis von Räumungsfristen zum Vollstreckungsschutz vgl. ROQUETTE Mieterschutz § 5a Anm. 43 f

24) ROQUETTE Mieterschutz § 5a Anm. 32: "doppelte Rechtsnatur": Einesteils vollstreckungsrechtlicher Charakter, anderenteils sachlich-rechtliche Natur

25) Vgl. auch ROQUETTE Mietrecht S. 439; ders. Mieterschutz § 5a Anm. 33 ff

26) Vgl. ROQUETTE; Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete S. 33 ff und ROQUETTE: wie oben Anm. 21

27) ROQUETTE Mietrecht S. 464

28) Ein gesetzliches Beispiel ist aus § 695 BGB zu entnehmen; Der Verwahrer ist verpflichtet, die hinterlegte Sache jederzeit herauszugeben. Jedoch kann er seine Vergütung bis zum bedungenen Vertragsende oder bis zum Ablauf der oK-Frist verlangen. Wenn der Verwahrer diesen Geldbetrag erhält, wird darüber hinaus ein Interesse an der Fortsetzung des Vertrages zu verneinen sein; Gleichwohl, ob man den Verwahrer weiterhin für verpflichtet hält, bis zum Ablauf den Lagerraum noch freizuhalten oder nicht, wird er durch Zurückgabe der Sache auf alle Fälle insofern besser gestellt, als seine Obhutspflicht entfällt.

Auch die Sachleistung des "Vermieters" ist in der Regel nicht so einzig, daß nicht jederzeit Ersatz dafür beschafft werden könnte.

b) Aufseiten des "Mieters"

Jedoch kann die Ersatzbeschaffung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten und sich verzögern oder die Sache kann unentbehrlich sein. Solche Fälle treten am ehesten bei Zwangsbewirtschaftung oder bei selten vorhandenen Sachen ein. Außerdem kann auch ein Interesse an öffentlicher Sicherheit und Ordnung ²⁹⁾ einen besonderen Umstand darstellen. Auch hier ist das Vorliegen besonderer Umstände durch Abwägen der Nachteile oder Schäden, die im Falle der sofortigen Entziehung der überlassenen Sache eintreten, zu prüfen.

In letzter Zeit zeichnet sich eine Entwicklung ab, die die Bedeutung der (b-)aoK gerade auf dem Gebiete des Miet- und Pachtrechtes möglicherweise erheblich vergrößert: Das sogenannte "Leasing-System" ^{29a)} wird aus den USA kommend nun auch in Deutschland propagiert ^{29b)}. "Mieten statt Kaufen" ist der als Werbe-Slogan herausgestellte Grundgedanke. Hiernach werden gesamte Maschinenanlagen, Fabrikausstattungen, Verwaltungs- und sonstige Gebäude usw. vom Vermieter bei den Herstellern nach Wahl des Mieters gekauft bzw. in Auftrag gegeben und dann zum Mieten oder Pachten angeboten, um auf diese Weise bei Liquiditätsschwierigkeiten Investitions- und Finanzierungshilfe zu leisten.

c) Aufseiten des "Vermieters"

Nicht immer beschränken sich Inhalt und Zweck eines "Mietvertrages" für den "Vermieter" in der Einnahme des Entgeltes. Bisweilen legt er auch Wert darauf, die überlassene Sache nicht in seinem Besitz zu haben, weil hierfür besondere räumliche Bedingungen (z. B. Abstellmöglichkeit) erforderlich sind oder weil der Besitz oder die Benutzung besondere Berechtigungen ^{29c)} voraussetzt oder Pflichten ^{29d)} nach sich zieht. Falls es sich um einen "gemischten Mietvertrag" handelt, der noch zusätzliche Rechte und Pflichten zum Inhalt hat, so können sich aus diesen gleichfalls besondere Umstände ergeben.

29) Z. B. Obdachlosigkeit; Verwahrer stellt Möbel einfach auf die Straße

29a) Armin SCHAEFER: "Mieten statt Kaufen, Leading-Investitions- und Finanzierungsmethode" in Wirtschaftsdienst, wirtschaftspolitische Monatsschrift, Verlag Weltarchiv GmbH Hamburg, 1962/IV S. XIII-XVI

29b) "Deutsche Leasing GmbH, Industriemaschinen-Vermietung" in Düsseldorf

29c) Z. B. Führerschein, Jagdschein, Waffen(-erwerbs-)Schein

29d) Z. B. Betreuung und Pflege insb. von Tieren

d) Bei unentgeltlichen "Mietverträgen" 30)

Wenn die Regel auch dahin geht, daß unentgeltliche Dsv. e aufgrund ihres Charakters als Freundschaftserweisung eine geringere Verbundenheit genügen lassen, so sind doch Ausnahmefälle denkbar, in denen aufgrund des Zweckes und Inhaltes des einzelnen Dsv. es eine festere Bindung gewollt ist. 31)

-
- 30) Die unentgeltliche Pacht hat der Gesetzgeber gar nicht geregelt, die Leihe (= unentgeltliche Miete) nur sehr kurz. Das Kündigungsrecht wurde, dem Mangel an System entsprechend, uneinheitlich geregelt. In einer Reihe von Fällen "umgeht das BGB den Ausdruck 'Kündigung' dadurch, daß es an der Stelle einer Kündigung von der durch den Ausspruch der Kündigung eintretenden Berechtigung spricht (Anm. 11: So mit Recht O. v. Gierke aaO S. 386 Anm. 50), so bei der Leihe, wo in § 604 II, III nur das aus der Kündigung des Verleihers sich ergebende Rückforderungsrecht erwähnt wird" (MOLITOR S. 54; siehe auch ESSER Schr 1. Aufl. § 170 I 2; "Hie und da erspart sich das BGB überhaupt einen eigenen Begriff für die Beendigung des Schuldverhältnisses und bestimmt etwa kurzer Hand, daß die verliehene oder unentgeltlich verwahrte Sache 'jederzeit zurückgefordert' werden kann (§§ 604 III, 695). Der Sache nach ist das ein fristloses Kündigungsrecht".). Im Einklang mit der obigen Erkenntnis (B I 2c) liegt hier die Ausnahme einer unboK vor. In § 605 BGB sieht das Gesetz ferner unbaoK-Rechte vor. Ob auch diese aoK befristet werden kann, ist - soweit ersichtlich - bei der Leihe noch nicht untersucht worden, muß aber nach dem hier entwickelten Grundsatz bejaht werden. Das dürfte jedoch sehr selten der Fall sein.
- 31) Beispiele: Zugunsten des Entleihers: Ein vermögender Verleiher verleiht einem armen Rentner einen Gegenstand (z. B. medizinisches Gerät), weil dieser sich den Gegenstand entgeltlich nicht leisten kann. Benötigt der Verleiher den Gegenstand plötzlich selbst, so wäre es unbillig, ihm ein sofortiges Kündigungsrecht zu geben. Vielmehr wird er dem Rentner eine wenigstens kurzfristige Übergangszeit gewähren müssen.
- Zugunsten des Verleihers: Jemand schafft sich neue Möbel an und verleiht seine alten, für die er keinen Platz mehr hat, auf unbestimmte Zeit an einen Armen. Erwirbt dieser bald darauf eigene Möbel, z. B. aufgrund Erbschaft, so wäre er nicht berechtigt, die Möbel dem Verleiher von heute auf morgen vor die Tür zu stellen. Da ordentliche Fristen nicht vereinbart wurden und für die ao Befristung besondere Umstände geltend gemacht werden, handelt es sich hier um eine aoK, die befristet wird.

7. Dauerbezugsverträge

Diese Vertragsart gehört zu jenen, die nicht im BGB geregelt, sondern von der Wirtschaft entwickelt wurden. Solche pacta sui generis sind - gerade weil sie durch das praktische Leben geprägt wurden - besonders vielgestaltig in ihrem Inhalt und damit auch schillernd hinsichtlich ihrer rechtlichen Einordnung und Bewertung. Die Dauerbezugsverträge haben grundsätzlich zwei Wesenszüge, zu denen sie mehr oder weniger stark tendieren; entweder stehen die gegenständlichen Leistungen im Vordergrund, so daß in erster Linie die Vorschriften über den Kauf analog angewandt werden, oder es stehen persönliche Leistungen (Dienste) im Vordergrund; dann sind in erster Linie die Vorschriften über den Dienstvertrag oder den Handelsvertreter (Arbeitsrecht) analog anzuwenden ³²⁾. Je nachdem, welche Art der Leistungen überwiegt, können die Erkenntnisse unter C I und II ³³⁾ entsprechend herangezogen werden.

8. Ergebnis

Die baoK ist für einzelne besondere Tatbestände geregelt ³⁴⁾. Darüberhinaus gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK im gesamten "Mietrecht".

Im Bereich des MSchG ist die baoK rechtlich ausgeschlossen. Hier gilt die Sonderregelung des § 5a MSchG. Die prozessualen Räumungsfristen ³⁵⁾ schließen die An-

32) Als Beispiel sei der Bierverlagsvertrag genannt, bei dem sich zwischen Brauerei und Verleger "noch am ehesten die reine Form der Bierlieferungspflicht und der Bierabnahmepflicht ohne die Mannigfaltigkeit von Nebenabreden" zeigt (KÜNSTLER S. 238; z. B. Darlehensabreden, Rechtsnachfolgerklauseln, Inventargestellung, Eislieferung, Reklame, Konkurrenzverbote u. a. m.). Dennoch gehen auch hier die Pflichten und Rechte über die eines reinen Kaufvertrages hinaus (KÜNSTLER S. 240 f), so daß dieses pactum sui generis als "agenturähnliches Verhältnis" bezeichnet wird (STAUB Anhang zu § 346 Anm. 16 und KÜNSTLER S. 241).

33) Die Kündbarkeit von Dauerbezugsverträgen ist allgemein anerkannt. Vgl. RG 65 S. 37; 78 S. 389 und BEITZKE S. 46. Deshalb kann auch auf die Erkenntnisse zu den "Mietverträgen" verwiesen werden, da hier auch gegenständliche Leistungen Inhalt des Vertrages sind, obgleich ansonsten grundsätzlich die Vorschriften des Kaufes analog anzuwenden sind.

34) §§ 549 I 2, 569, 570, 1059 II, 2135 BGB; 6 I 2, 24 I 2, 70 VVG; 57a ZVG; 37 III WEG; 30 ErbbVO; außerdem noch 19, 22 I KO und 51 II VglO

35) Hier ist nicht der Ort, eine weitere Kritik dieser Regelung vorzunehmen. Wie jedoch aus den Anmerkungen 22 f oben zu entnehmen, ist die Regelung eines vertragslosen Zustandes rechtlich weder einfach, noch klar, noch sonst zweck-

wendung der baoK in keiner Weise aus. Denn diese Fristen laufen während eines "vertragslosen Zustandes", die aoK-Fristen während der Vertragsdauer. Die Institute der "Abmahnung" und des "Schadensersatzes" schränken die tatsächliche Geltung der baoK erheblich ein. Das Institut der baoK hat im Bereich des Mietrechts insofern geringere Bedeutung, als für den Ausfall der gegenständlichen Leistungen regelmäßig leichter Ersatz beschafft werden kann als für persönliche Leistungen. Dennoch können auch hier besondere Umstände auftreten, und zwar aufseiten des "Mieters" und auch aufseiten des "Vermieters", sogar bei unentgeltlichen Dsv.en.

III. Die baoK im Recht der Personengesellschaften, insbesondere Handelsgesellschaften

1. Auflösung und Vollbeendigung

Eine wesentliche Besonderheit des Gesellschaftsrechts gegenüber dem Miet- und Arbeitsrecht liegt darin, daß erstens ein personenrechtlicher Verband besteht, für den wohl der Grundsatz "do ut des", aber nicht das Austauschprinzip gilt, sondern Leistungsvereinigung ¹⁾. Zweitens entsteht durch einen solchen Gesellschaftsverband meistens eine verselbständigte Vermögensmasse, das sog. Gesellschaftsvermögen. Das Gemeinschaftsverhältnis und das gesamthänderisch gebundene Vermögen bestimmen das Wesen einer Personengesellschaft.

Für die BGB-Gesellschaft ist das Vermögen allerdings nicht begriffsnotwendig ²⁾. Bei der Stillen Gesellschaft ist ein Gesellschaftsvermögen sogar begrifflich ausgeschlossen, weil die Einlage des Stillen "in das Vermögen des Inhabers übergeht" (§ 335 HGB). An die Stelle des Gesellschaftsvermögens tritt hier das "Betriebsvermögen", das jedoch durch eigene Bilanzen vom Privatvermögen des Inhabers unterschieden wird.

Das Zusammenwirken der Gesellschafter zu einem bestimmten Zweck ist der wesentliche Inhalt eines Gesellschaftsvertrages. Die Kündigung bzw. das Auflösungs-urteil führt keine grundsätzliche Änderung in der Rechtsnatur der Gesellschaft herbei ³⁾, sondern ändert nur den Zweck des Unternehmens. "Auflösung bedeutet

Fortsetzung der Fußnote 35 von Seite 60:

- 35) mäßig. Die gesetzestechisch ebenfalls mögliche Begründung eines "gesetzlichen Mietverhältnisses" wie im MSchG wäre entschieden begrüßenswerter.
- 1) ERMAN-SCHULZE-WENCK Anm. 1e vor § 705
 - 2) ERMAN-SCHULZE-WENCK Anm. 1c vor § 705 und RG 80 S. 271
 - 3) Vgl. HUECK Recht der OHG S. 217

also Aufgabe des Erwerbszweckes und die Umwandlung in eine Abwicklungsgesellschaft" 4). Die "Vollbeendigung", das Ziel der Auflösung, tritt erst ein, wenn alle Rechtsbeziehungen der Gesellschafter als solche untereinander beseitigt sind. Diese Beseitigung der Rechtsbeziehungen erfolgt regelmäßig durch die "Auseinandersetzung" als Folge der Auflösung. Erst wenn jene durchgeführt worden ist, ist die Gesellschaft "beendet" ("Vollbeendigung", "Erlöschen").

a) Begriff, Wesen und Form der Auseinandersetzung

Der Begriff der Auseinandersetzung soll hier nicht im betriebswirtschaftlichen Sinne 5), sondern im juristischen Sinne verstanden werden. Hiernach ist Auseinandersetzung die Verteilung des gemeinsamen Vermögens unter die Gesellschafter, Beseitigung aller sonstigen gemeinsamen Rechtsbeziehungen untereinander und auch Regelung künftiger Beziehungen wie z.B. Fragen der künftigen Konkurrenz, des Verzehrs auf Herstellung bestimmter Artikel, Abgrenzung von Verkaufsbezirken usw. 6)

Sinn und Zweck der Auseinandersetzung ist, ein besonderes Stadium zwischen Auflösung und Vollbeendigung zu schaffen, das der Anpassung an die veränderten Verhältnisse dient. Eine solche Übergangszeit ist im Gesellschaftsrecht besonders wichtig. Denn die Auflösung einer Gesellschaft trifft nicht nur die Gesellschafter, sondern auch die Allgemeinheit, da die Gesellschaft als werbendes Unternehmen und somit als wirtschaftliche Einheit Dritten gegenüber auftritt. Dennoch dient die Auseinandersetzung in erster Linie den Interessen der Gesellschafter. Denn das Rechtsschutzinteresse der Gläubiger wird meistens durch die persönliche Haftung der Gesellschafter, die bei der BGB-Gesellschaft allerdings beschränkt werden kann, gesichert. Die wirtschaftlichen Belange machten es notwendig, im Gesellschaftsrecht die außerordentliche Übergangszeit in der Form der Auseinandersetzung besonders zu regeln.

"Auseinandersetzung" ist gleichsam nur ein Rahmenbegriff. Ihre Ausführung kann in den verschiedensten Formen vor sich gehen. Das Gesetz sieht für die Auseinandersetzung das besondere Verfahren der Liquidation (Abwicklung) als normale Form vor. Kraft Gesetzes tritt an die Stelle der Abwicklung das Konkursverfahren, soweit der Gesellschaftskonkurs eröffnet werden kann und beantragt wurde (§ 209 KO. Die BGB-Gesellschaft ist also nicht konkursfähig). Es können auch Auseinandersetzungsformen vereinbart werden, die die Abwicklung und die Auflösung des

4) HUECK; Recht der OHG S. 217

5) Dieser Begriff ist enger und beschränkt sich auf die Auseinandersetzung des Vermögens. Siehe WEISS S. 1, der sich auf BESTE in ZfhF 1924 S. 97 ff beruft.

6) So auch HUECK; Recht der OHG S. 217 und SCHWARZE aaO S. 1

Unternehmen vermeiden ⁷⁾.

b) Rechtsfolgen der Auflösung

Die wichtigsten Folgen der Abwicklung sind die Änderung des Gesellschaftszweckes und der Fortfall der Vertretungsmacht der Gesellschafter als solcher. Die Liquidationsgesellschaft wird fortan durch die Liquidatoren vertreten. Das gleiche gilt für die Geschäftsführungsbefugnis ⁸⁾. Außerdem treten die Beitragspflicht und das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB außer Kraft und an die Stelle des Entnahmerechts (§ 122 HGB) tritt eine etwaige Verteilung nach § 155 Abs. 2 HGB.

Im Falle des Konkurses gehen alle Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse auf den Konkursverwalter über (§ 6 KO), so daß jede Einwirkungsmöglichkeit der Gesellschafter ausgeschlossen ist.

Von einem "vertraglichen Konkursverwalter" kann man sprechen, wenn das Unternehmen an einen Treuhänder zwecks Abwicklung übertragen wird. Ein wesentlicher Unterschied zum gerichtlich ernannten Konkursverwalter besteht jedoch insofern, als die Gesellschafter durch Vereinbarung und Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses Einfluß auf die Abwicklung ausüben können.

Auflösung und Vollbeendigung können auch zusammenfallen. Dann sind die Rechtsfolgen der Auflösung gleich denen der Vollbeendigung. Es fehlt also an einer Übergangszeit.

c) Auflösung und bauK

Die Institute Liquidation und bauK unterscheiden sich trotz einer etwaigen äußerlichen Ähnlichkeit wesentlich; Der Hauptunterschied liegt in der Besonderheit des Gesellschaftsrechts, das ist der Personen- und Gesamthandsverband, dieser verschmolzenen Einheit, die - im Gegensatz zu den gegenseitigen Austausch-Schuldverhältnissen - ein besonderes Verfahren für die Trennung einer solchen Verbindung erforderlich macht. Die sich hieraus ergebenden Unterschiede treten insbesondere bei den Rechtsverhältnissen hervor, die einerseits während der Frist der bauK und andererseits während der Auseinandersetzungszeit herrschen; Die bauK beendet das betreffende Dsv noch nicht, sondern bestimmt nur sein Ende. Es gelten also weiterhin unverändert alle vertraglichen Rechte und Pflichten. Dagegen herrschen während der Liquidation - wie oben bereits ausgeführt - ihrem Zweck

7) Hier sei auf den Unterschied zwischen Gesellschaft als juristischem und Unternehmen als wirtschaftlichem Gebilde hingewiesen.

8) Falls die Gesellschafter zu Liquidatoren bestellt werden, tritt dennoch insofern eine Änderung ein, als der Umfang der Befugnis der Liquidatoren ein anderer ist (§ 149 HGB).

entsprechend veränderte Rechtsverhältnisse. Damit ist ein Nacheinander beider Zeitläufe grundsätzlich möglich und gerechtfertigt. Eine weitere Frage ist jedoch, ob ein solcher Fall praktisch wird.

Soweit dagegen eine Liquidation nicht erfolgt oder ein Gesellschafter nicht auch Liquidator wird, ist es durchaus denkbar, daß besondere Umstände für eine Befristung der aoK auftreten. Da meistens die persönliche Mitarbeit der Gesellschafter im Vordergrund steht und ihre berufliche Existenz von der Beteiligung an der Gesellschaft abhängt, werden diese Fälle denen des Arbeitsrechtes vielfach ähnlich sein. Aber auch betriebswirtschaftliche und steuerliche Gründe können eine außerordentliche Befristung rechtfertigen. Z.B. kann es zumutbar sein, die Auflösung der Gesellschaft zu einem bestimmten, kurz bevorstehenden Termin außerordentlich zu befristen ⁹⁾.

Erst recht können besondere Umstände auftreten, wenn die Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen.

2. Fortbestehen des Unternehmens

Die Loslösung eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverbande muß nicht in jedem Falle den Untergang der Gesellschaft oder sogar des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit zur Folge haben. Zwar sind Personengesellschaften keine rechtlich selbständigen Gebilde, dennoch kann der Fortbestand des Unternehmens, soweit das wirtschaftlich wünschenswert ist, (und das wird unter Berücksichtigung des Namens und good will des Unternehmens meist der Fall sein) auch rechtlich ermöglicht werden.

a) Ausscheiden eines Gesellschafters

Das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter kann entweder in der Form des Austritts oder der Ausschließung erfolgen. In beiden Fällen geht dem Ausscheiden eine Rechtserklärung voraus, die unmittelbar oder ihrem Wesen nach ¹⁰⁾ eine Kündigung ist. Das Ausscheiden ist regelmäßig an bestimmte Fristen oder sogar Termine gebunden. Bei Vorliegen wichtiger Gründe kann aber auch außerordentlich gekündigt oder der Austritt oder die Ausschließung erklärt werden.

Im Falle des Ausscheidens gibt es aber kein besonderes Auseinandersetzungsverfahren. Der ausscheidende Gesellschafter hat gegen die weiterführenden Gesellschafter

9) Z. B. Abschluß der Jahresbilanz; zustimmend HUECK; Recht der OHG 1. Aufl. S. 212 insbesondere Anm. 20

10) Für den Fall der Klage gilt auch hier das oben unter C II 3 a (= "Kündigung" durch Auflösungsurteil) Gesagte

lediglich Auszahlungs- und Herausgabeansprüche. Zwar wird regelmäßig eine besondere Auseinandersetzungsbilanz auf den Stichtag des Ausscheidens erstellt. Diese hat aber nur interne Bedeutung. Nach ihr werden die schuldrechtlichen Zahlungsverpflichtungen errechnet. Da also das sonst typische Übergangsstadium der Auseinandersetzung hier nicht in Betracht kommt, enden die Rechtsbeziehungen bereits mit Wirksamwerden der Kündigung, im Fall der unbaoK also sofort. Da das Ausscheiden eines Gesellschafters sowohl für den ausscheidenden wie für die weiterführenden Gesellschafter ein tiefer Eingriff sein kann, können sehr wohl besondere Umstände auftreten, die eine außerordentliche Befristung rechtfertigen,

b) Übernahme nach § 142 HGB

Die Übernahme ist wirtschaftlich betrachtet nur ein Sonderfall des Ausscheidens aus einem Unternehmen. Er weist in der Tat auch in den hier interessierenden kündigungsrechtlichen Fragen große Ähnlichkeit zu dem oben zu a) Gesagten auf. Ein besonderes Auseinandersetzungsverfahren unterbleibt gleichfalls. Die Übernahme vollzieht sich auch im Wege der Anwachsung (§§ 142 Abs. 3, 138, 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB). Auch hier können gleichzeitig wichtige Gründe und besondere Umstände auftreten, die eine baoK notwendig werden lassen.

c) Veräußerung nach § 22 HGB

Wird das Unternehmen nicht von einem Gesellschafter, sondern von einem Dritten "übernommen" und weitergeführt, dann wird dieser Fall nach § 22 HGB geregelt. Dieser Fall kann eintreten, wenn mehrere Gesellschafter ausscheiden und die Veräußerung die günstigste Form ist, die Gesellschaft zu beenden, ohne das Unternehmen aufzulösen. Da sich aber die Gelegenheit zum Veräußern regelmäßig nicht sofort bietet, kann eine außerordentliche Befristung helfen, das Unternehmen als solches zu erhalten. Ferner kann auch hier der plötzliche Existenzverlust eine baoK rechtfertigen.

d) Umgründung

Eine weitere Möglichkeit, ein Unternehmen fortbestehen zu lassen, ist seine Überführung aus einer Rechtsform in eine andere. Soweit die Personengesellschaft in eine andere Personengesellschaft (z. B. OHG in KG) übergeht, handelt es sich noch um die bloße Änderung der Gesellschaftsform. Wird dagegen eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gewandelt, so kann man nur noch wirtschaftlich von einer Umwandlung sprechen, weil Auflösung der alten Gesellschaft und Neugründung erforderlich sind.

Regelmäßig wird eine Umgründung nicht plötzlich aufgrund einer aoK erforderlich werden. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine Umwandlung insbesondere

einer OHG in eine KG durch das plötzliche Ausscheiden eines Gesellschafters notwendig werden kann. Deshalb kann auch hier die baoK zum Zuge kommen.

3. Außerordentliche Übergangszeit

a) Besondere Umstände

Das Gesetz berücksichtigt die baoK nicht. Ihre Rechtsgrundlage ist deshalb auch auf dem Gebiete des Rechts der Personengesellschaften der hier entwickelte allgemeine Rechtsgrundsatz.

Auf Seiten der Gesellschaft werden die besonderen Umstände regelmäßig ihren Ursprung in der Frage haben, wie die Lücke, die durch das Ausscheiden des Gesellschafters gerissen wird, geschlossen werden kann; sei es, daß ein Ersatzmann unbedingt notwendig ist, d. h. ein mitarbeitender Geschäftsführer, sei es, daß die eingebrachten Gegenstände nicht sofort entbehrt werden können, ohne daß der Betrieb eine erhebliche Störung erleiden würde. Hier werden insbesondere auch Finanzierungs-, Kredit- und Liquiditätsprobleme eine Rolle spielen. Solche Engpässe werden sich aber in manchen Fällen durch den Abschluß von Verträgen vermeiden lassen, die eine zeitweise Gebrauchsüberlassung zum Inhalt haben, so daß das sofortige Ausscheiden des Gesellschafters insofern keine unzumutbaren Nachteile mehr hätte. Diese Fragen werden in erster Linie dort auftreten, wo das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter nicht die Beendigung des Unternehmens bewirkt. Die Fälle, in denen die Gesellschaft oder zumindest das Unternehmen fortgeführt werden soll, werden jedoch in der Mehrzahl sein.

Aufseiten des Ausscheidenden werden die besonderen Umstände regelmäßig aus dem plötzlichen Existenzverlust begründet werden.

b) Keine Beschränkung auf eine Partei

Es ist keineswegs die Einschränkung zu machen, daß die besonderen Umstände nur in der Person des Klägers auftreten können ¹¹⁾. Aus den obigen Ausführungen (B I 2 e) ging eindeutig hervor, daß die besonderen Umstände sowohl aufseiten des Kündigenden (Klägers ¹²⁾) als auch aufseiten des Gekündigten (Beklagten) auftreten können. Daher weist HUECK ¹³⁾ zu Recht darauf hin, daß eine außerordentliche Befristung nicht nur auf Verlangen des Klägers zuzulassen ist. Denn es kann durchaus der Fall eintreten, "daß eine sofortige Auflösung die übrigen Gesellschafter schwer treffen würde, so daß dem Kläger auch gegen seinen Willen

11) So jedoch WEIPERT § 133 Anm. 19; DÜRINGER-HACH, § 133 Anm. 13

12) Im übrigen kann der Kündigende auch Beklagter und der Gekündigte Kläger sein

13) Recht der OHG 1. Aufl. S. 212 Anm. 20

eine kurze Fortsetzung der OHG, etwa bis zum Schluß des Geschäftsjahres ^{13a)}, zuzumuten ist. "

c) Gerichtliche Mitwirkung

Soweit die - lediglich dispositiven - Vorschriften der §§ 133, 140 HGB zum Zuge kommen, erfolgen Auflösung und Ausschließung durch Gestaltungsurteil. Da das Gesetz hier ¹⁴⁾ grundsätzlich von einer unbefristeten Beendigung ausgeht, wird der Richter eine außerordentliche Befristung nur ausnahmsweise beim Vorliegen besonderer Umstände zuerkennen. Liegen diese vor, so wird der Richter auf Antrag allerdings verpflichtet sein, eine außerordentliche Frist zu bestimmen.

Gegen die gerichtliche Mitwirkung erheben sich grundsätzliche Bedenken, da das Beschreiten des ordentlichen Rechtsweges recht zeitraubend ist. Die Fragen nach der Wirksamkeit einer aoK oder nach einer etwaigen außerordentlichen Befristung sind aber naturgemäß Eilfälle. Der Erlaß einstweiliger Verfügungen bringt meistens keine hinreichende Hilfe. Diese Mängel verlängern also regelmäßig die Ungewißheit über die Rechtslage und damit die Rechtsunsicherheit für die Dauer der Rechtshängigkeit. Diesem Übel kann durch funktionsschnellere Schiedsgerichte abgeholfen werden, ein Weg, der in der Praxis mit steigender Beliebtheit beschritten wird. ¹⁵⁾

4. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse ^{15a)}

Beim Vorliegen wichtiger Gründe können auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis für sich entzogen werden (§§ 117, 127 HGB, 712 BGB). Weiterhin können die Gesellschafter verpflichtet sein, Nebenleistungen zu erbringen. Auch diese Rechtsverhältnisse unterliegen der aoK. In all diesen Fällen ist es denkbar, daß auch besondere Umstände eine außerordentliche Befristung rechtfertigen. Diese sonstigen Rechtsverhältnisse stehen zwar meistens selbständig neben dem Gesell-

13a) Die Notwendigkeit, eine besondere Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen, ist auch ein Teil der ratio legis des § 132 HGB, weshalb der Termin der Kündigung auf den Schluß des Geschäftsjahres gelegt wird. So auch PAULICK S. 147 für das Genossenschaftsrecht. Dort (§ 68 GenG) wird an diesem Termin sogar für den Fall der "aoK" (Ausschließung eines Genossen) festgehalten.

14) Im Gegensatz etwa zu § 5a MSchG: Hier ist außerordentliche Befristung die Regel.

15) Wegen der genannten Schwierigkeiten kann nur dringend empfohlen werden, Schiedsgerichte für die Fälle der aoK (Auflösung, Ausscheiden) zu vereinbaren.

15a) Wegen Kartellverhältnisse siehe unten Abschnitt VII

schaftsverhältnis; dennoch kann vereinbart werden, daß das Gesellschaftsverhältnis von diesen sonstigen Rechtsverhältnissen abhängig sein soll. Soweit das Schwergewicht gerade auf der persönlichen Mitarbeit (Geschäftsführung, Vertretung) liegt, was für Personengesellschaften eigentlich typisch ist, wird die Kündigung des "sonstigen Rechtsverhältnisses" auch die Auflösung der Gesellschafterbande zur Folge haben. Eine weitere, in's einzelne gehende kündigungsrechtliche Untersuchung erübrigt sich hier jedoch. Denn die Auflösung dieser Rechtsverhältnisse bestimmt sich nach den Grundsätzen der jeweiligen Gruppe, der sie ihrem Leistungsinhalt nach zuzuordnen sind ("Arbeitsrecht", "Mietrecht"). Deshalb kann insoweit auf die Ausführungen dieser Abschnitte verwiesen werden.

5. Besonderheiten der BGB-Gesellschaft

Die bisherigen Ausführungen waren mehr auf die handelsrechtlichen Gesellschaften abgestellt, gelten aber im Wesentlichen genauso für die GbR. Der Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, daß die GbR ihrem Wesen nach nur für vorübergehende Zeit eingegangen wird^{15b)}. Deshalb ist sie grundsätzlich jederzeit ohne Frist kündbar (unboK gemäß § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB). Soweit aber die oK eingeschränkt ist (durch Fristen oder bestimmte Vertragsdauer), ist die unbaoK gemäß § 723 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB möglich.

Der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK gilt auch hier^{15c)}. Auf die obigen Ausführungen kann insoweit verwiesen werden. Falls die GbR tatsächlich nur zu einem vorübergehenden Zweck eingegangen wurde - was verhältnismäßig selten ist - so ist diese von vornherein gewollte losere Bindung zu berücksichtigen. Das kann zur Folge haben, daß besondere Umstände für ein außerordentliches Bestandsinteresse seltener auftreten. Soweit die GbR ohne Gesellschaftsvermögen bestand - das ja hier keine begriffsnotwendige Voraussetzung ist - kommen besondere Umstände aus vermögensrechtlichen Erwägungen nicht in Betracht.

6. Ergebnis

Der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK gilt grundsätzlich auch im Bereich der Personengesellschaften. Die baoK wird durch das Institut der Liquidation theore-

15b) In der Praxis wird aber gerade auch die Rechtsform der GbR für wirtschaftliche Zwecke gewählt, die nur dann erfolversprechend sind, wenn die GbR von vornherein auf eine gewisse Dauer errichtet wird, z. B. bei Kartellvereinigungen.

15c) Er wird durch § 723 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen. Denn nach dieser Vorschrift sind nur "Vereinbarungen" nichtig, d. h. Beschränkungen durch Parteiwillen, nicht aber durch die Rechtsordnung.

tisch nicht ausgeschlossen, praktisch jedoch regelmäßig überflüssig. Im übrigen gilt die baok unbeschränkt. Am ehesten wird sie sich dort als nützlich erweisen, wo das Unternehmen trotz Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter fortgeführt werden soll. Die besonderen Umstände werden aufseiten des Unternehmens (der Gesellschaft) regelmäßig in dem Interesse begründet sein, einen sofortigen Fortfall der persönlichen oder sachlichen Leistungen bis zur Ersatzbeschaffung zu vermeiden, aufseiten des Ausscheidenden in dem Interesse an der Vermeidung sofortigen Existenzverlustes.

IV. Die baok im Recht der Kapitalgesellschaften

1. Wesen der Mitgliedschaft

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen, d. h. Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Deshalb hat das Ausscheiden eines Mitgliedes auf den Bestand der Kapitalgesellschaft grundsätzlich keinen Einfluß. Das rechtliche Wesen der Mitgliedschaft liegt in der Beteiligung an der Gesellschaft durch Übernahme eines Kapitalbetrages. Die Kapitalbeteiligung ("Akte", "Geschäftsanteil") ist die Quelle der Mitgliedschaft, die aus einer Summe von Rechten und Pflichten besteht. Sie wird deshalb auch als "zusammengesetztes Wertrecht"¹⁶⁾ bezeichnet. Die Mitgliedschaft bildet ein unteilbares Ganzes. Dennoch kann der Inhalt der Mitgliedschaft bei den einzelnen Mitgliedern unterschiedlich sein, je nachdem, welche einzelnen Rechte und Pflichten ihnen zukommen, solange dies mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Mitglieder vereinbar ist.

Da die Kapitalbeteiligung^{16a)} das Wesen der Mitgliedschaft bestimmt, tritt die Persönlichkeit als solche und die persönliche Mitarbeit in den Hintergrund. Weniger anonym sind dagegen die sogenannten "Familien- und personenbezogenen Kapitalgesellschaften"¹⁷⁾. Diese Sonderform ist in den Gesetzen nicht berücksich-

16) HÄMMERLE S. 750

16a) Kapitalvereinigung, im Gegensatz zur Arbeitsgemeinschaft der Personengesellschaften

17) Eine "gesetzliche Definition" bringt § 5 Abs. 4 der 2. DADV (Dividendenabgabeverordnung vom 12. 6. 1941 RGBl. I S. 323 und 2. VO zur Durchführung der DAVO vom 5. Mai 1942 RGBl. I S. 261):

"Personenbezogene Kapitalgesellschaften sind:

1. Kapitalgesellschaften, deren Satzung bestimmt, daß die Anteilseigner einem Kreis von Personen angehören müssen, die miteinander durch Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft oder Annahme an Kindes Statt verbunden sind. Min-

tigt¹⁸⁾, weil sie atypisch ist, obgleich sie gerade bei der GmbH verhältnismäßig häufig vorkommt.

2. Erwerb und Verlust der Beteiligung

Da die Bindung der Mitglieder von ihrer Kapitalbeteiligung abhängt und diese Vermögenswerte grundsätzlich frei übertragbar sind (§ 15 GmbHG, § 61 AktG), kann sich ein Mitglied verhältnismäßig leicht von der Gesellschaft lösen. Jedoch kann die Bindung verschieden intensiv sein: Am leichtesten übertragbar ist die Inhaberkarte. Die Übertragung der Namensaktie kann an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden sein (§ 61 Abs. 4 AktG). Die Abtretung eines Geschäftsanteiles bedarf zwingend der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) und kann durch Gesellschaftsvertrag an weitere Voraussetzungen (insbesondere Genehmigung der Gesellschaft) geknüpft werden (§ 15 Abs. 5 GmbHG).

Umgekehrt kann die Kapitalgesellschaft ein Mitglied ausschließen, wenn es seiner Einzahlungspflicht nicht rechtzeitig nachkommt (§§ 21, 28 GmbHG, § 58 AktG). Dies ist aber auch der einzige Fall der Ausschließung, den die Gesetze vorsehen.

3. Ausschließung und Austritt¹⁹⁾

Andere Formen des Ausscheidens als die Übertragung oder Einziehung des Kapitalanteiles kennen die Gesetze also nicht. Hier besteht eine empfindliche Lücke.

Fortsetzung der Fußnote 17 von Seite 69:

17) destens eine der Personen dieses Kreises muß hauptberuflich als gesetzlicher Vertreter der Kapitalgesellschaft tätig sein.

2. Kapitalgesellschaften mit nicht mehr als fünf Anteilseignern (einschließlich Einmanggesellschaften), wenn die Anteilseigner natürliche Personen sind und mindestens ein Anteilseigner hauptberuflich als gesetzlicher Vertreter der Kapitalgesellschaft tätig ist. Die hauptberuflich für die Gesellschaft tätigen Anteilseigner müssen insgesamt mindestens 60 v. H. des Gesellschaftskapitals besitzen."

Weitere Voraussetzung ist nach dem grundlegenden § 2 Abs. 2 DADV, daß es sich um Kapitalgesellschaften handelt, deren Anteile weder zum amtlichen Handel an einer deutschen Börse zugelassen sind, noch im Freiverkehr gehandelt werden.

18) Teilweise wird diese Sonderform im Steuerrecht doch berücksichtigt: § 19 Abs. 1 Ziff. 2 KStG, § 27a KStDV; § 24 Ziff. 2 LAG. Beachte auch § 76 Abs. 6 Betriebsverfassungsgesetz

19) Grundlegend (bejahend) hierzu BGHZ 9 S. 157 ff und 16 S. 317 ff. Vgl. auch SCHOLZ aaO; KNUR aaO und SCHNEIDER-Z-M S. 135 ff

Denn die Gesetze stellen zwar die Kapitalbeteiligung in den Vordergrund, schließen aber eine persönliche Mitarbeit der Mitglieder nicht aus. Diese persönliche Mitarbeit ist bei den sogenannten Familien- oder personenbezogenen Kapitalgesellschaften aber nicht nur üblich, sondern es ist nach § 5 Abs. 4 der 2. DADV ^{19a)} sogar begriffsnotwendige Voraussetzung, daß wenigstens eine Person des genannten Kreises hauptberuflich als gesetzlicher Vertreter der Kapitalgesellschaft tätig ist. Durch eine solche "Arbeitsgemeinschaft" nimmt die Kapitalgesellschaft jedoch Wesensmerkmale der Personengesellschaften an. Der dogmatisch bedeutsame Unterschied, daß bei den Kapitalgesellschaften eine Beteiligung als Gesellschafter ohne Kapitalbeitrag nicht möglich ist, läßt sich in der Praxis fast völlig dadurch überwinden, daß das Mindestkapital verhältnismäßig gering ist und die Zahlungspflicht obendrein gestundet werden kann.

Soweit Kapitalgesellschaften Wesensmerkmale der Personengesellschaften tragen; besteht also ein Bedürfnis nach der Möglichkeit eines Ausschlusses oder Austritts eines Gesellschafters. ²⁰⁾ "Die rechtliche Begründung für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grunde liefert der sowohl das bürgerliche wie das Handelsrecht beherrschende Grundsatz, daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis vorzeitig aufgelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser Rechtsgrundsatz findet sich in den §§ 737 BGB, 140 HGB (vgl. auch § 161 HGB für die KG)." ²¹⁾

Der Meinung des BGH ²²⁾, "bei der Aktiengesellschaft liegen die Dinge anders", kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zwar ist es richtig, daß üblicherweise die Dinge anders liegen. Jedoch ist es im Einzelfall sehr wohl möglich, daß die Aktie gebunden ist, daß die Persönlichkeit und die Mitarbeit des Aktionärs für das

19a) Siehe oben Anm. 17

20) Die gesetzlichen Regelungen, nach denen die Gesellschaften aufgelöst werden (§§ 61 GmbHG, 203 AktG), genügen also zur Lösung dieser Problemlage nicht.

Mit dem Grundsatz der geschlossenen Zahl der Mitgliederstellen kollidiert der Mitgliederwechsel nicht. Wohl aber ist dieser Grundsatz beim Ausschluß und Austritt zu berücksichtigen. So WESTERMANN S. 69

21) BGHZ 9 S. 161

22) Band 9 S. 163: "Bei der AG liegen die Dinge anders: bei ihr ist die gesellschaftliche Bindung kapitalbedingter als bei der GmbH, die Aktie ist leichter verwertbar als der Geschäftsanteil, die Persönlichkeit der Gesellschafter spielt eine geringere Rolle und das gesellschaftliche Verhältnis erfordert kein solches Vertrauensverhältnis wie dies vielfach bei der GmbH der Fall ist. Aktien können zwar ähnlich dem Geschäftsanteil (§ 34 GmbHG) zwangsweise eingezogen werden (§ 192 AktG); für die Ausschließung eines Aktionärs aus wichtigem Grund besteht jedoch kein Bedürfnis."

Wirken der AG entscheidend ist und die anderen Mitglieder hierauf vertrauen. Die Bindung des Aktionärs kann noch durch Sonderrechte und -pflichten verstärkt sein. Deshalb muß der genannte allgemeine Rechtsgrundsatz, auf den ein Ausschluß- und Austrittsrecht gegründet wird, auch im Aktienrecht gelten.

Mit der Anerkennung des Ausschlusses und des Austrittes aus wichtigem Grunde muß auch anerkannt werden, daß besondere Umstände auftreten können, die eine kurze Übergangszeit erforderlich machen. Denn - bildlich gesprochen -, wo der Grundboden für die (unb-)aoK gelegt ist, wächst auch die baoK hervor, solange nicht bestimmte andere Rechtsinstitute gegen sie sprechen. Wegen der besonderen Umstände im einzelnen kann auf das oben unter C III 2, 3 Gesagte verwiesen werden.

4. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse 23)

Auch bei Kapitalgesellschaften gibt es außer der Mitgliedschaft noch weitere Dauerrechtsverhältnisse, die der Kündigung unterliegen. Hier kommen die Bestellung zum Geschäftsführer (§ 38 Abs. 2 GmbHG), zum Vorstandsmitglied und Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstandes der AG (§ 75 Abs. 3 AktG) in Betracht. Ferner können auch hier Sonderrechte und -pflichten (Sonderleistungen) bestehen. Während § 50 AktG die Nebenleistungen auf wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen beschränkt, können nach § 3 Abs. 2 GmbHG alle möglichen anderen Verpflichtungen vereinbart werden.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, im einzelnen zu untersuchen, inwieweit welche Rechtsverhältnisse selbständig kündbar sind oder nicht. Soweit dies aber der Fall ist, können auch hier wichtige Gründe und besondere Umstände eine baoK begründen. Soweit sie nicht selbständig kündbar sind, können aber gerade in ihnen die wichtigen Gründe oder besonderen Umstände auftreten, die die Frage entscheiden, in welcher Art das ihnen zugrundeliegende Rechtsverhältnis gekündigt werden kann.

5. Ergebnis

Die baoK ist im GmbHG und AktG nicht berücksichtigt. Soweit der Ausschluß und Austritt eines Gesellschafters möglich ist oder soweit sog. sonstige kündbare Dsv. e gekündigt werden, gilt der allgemeine Grundsatz der baoK auch im Recht der Kapitalgesellschaften. Am ehesten wird die baoK bei sog. Familien- und personenbezogenen Kapitalgesellschaften zur Anwendung kommen. Hinsichtlich der Interessenlagen und der besonderen Umstände kann auf das oben unter C III 3 Gesagte verwiesen werden. Jedoch wird die praktische Bedeutung der Kündigung überhaupt - und damit auch der baoK - durch den Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Kapitalanteile eingeschränkt.

23) Wegen der Kartellverhältnisse siehe unten VII

V. Die baok im Genossenschaftsrecht

1. Wesen der eingetragenen Genossenschaft

Das Gesetz definiert in § 1 Abs. 1 den Begriff der Genossenschaft als "Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlicher Geschäftsbetriebe bezweckt". Dies geschieht im Wege der Selbsthilfe: Durch das gegenseitige, gemeinsame, persönliche Zusammenwirken der Genossen soll die Eigenwirtschaft eines jeden gefördert werden. Der wichtigste Wesenszug der Genossenschaft ist also das "gegenseitige Sich-Helfen-und-Füreinandereinstehen-Wollen" ²⁴⁾. Das Gegenstück zur Selbsthilfe ist der Grundsatz der Selbstverwaltung (§§ 9 Abs. 2; 43, insbesondere Abs. 4) und der Selbstverantwortung (§ 23 GenG). Aus dem Förderungszweck ergibt sich die nur bei der Genossenschaft anzutreffende eigenartige Doppelstellung der Mitglieder als wirtschaftliche Träger und Kunden ihres Unternehmens, die schlagwortartig als "Identität von Unternehmern und Kunden" bezeichnet wird ²⁵⁾. Die unmittelbare Förderung der Betriebe und Hauswirtschaften der Mitglieder durch den genossenschaftlichen Geschäftsbetrieb geschieht durch Stärkung ihrer wirtschaftlichen Rentabilität, durch Konzentration von Angebot und Nachfrage, durch Ausschalten des Zwischenhandels und nicht zuletzt durch Beeinflussung der allgemeinen Preisgestaltung ²⁵⁾. Da die Genossenschaft nur fördern will, fehlt ihr das allen anderen Gesellschaftsformen des Handelsrechts charakteristische Gewinnstreben als Selbstzweck ²⁶⁾.

2. Wesen der Mitgliedschaft

Die Grundlage des genossenschaftlichen Mitgliedverhältnisses bildet - im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften - nicht die kapitalmäßige, sondern die persönliche Beteiligung der Mitglieder. "Im Mittelpunkt des genossenschaftlichen Unternehmens steht der wirtschaftende Mensch. Dadurch erhält die eingetragene Genossenschaft den für sie typischen Charakter eines Personalverbandes". "Das zeigt besonders eindrucksvoll die Entstehung der Mitgliedschaft" ²⁷⁾. Sie wird nicht als

24) PAULICK S. 7

25) PAULICK S. 9

26) PAULICK S. 10: "Die Verwirklichung des Prinzips der Wirtschaftlichkeit hat aber, wie vielfach verkannt wird, mit dem Profit- und Gewinnstreben nichts zu tun". "Die Genossenschaft ist kein Gewinnerzielungs-, sondern ein Bedarf- und Kostendeckungsbetrieb".)

27) PAULICK S. 135

Folge vorangegangener kapitalmäßiger Beteiligung erworben, sondern vor Anmeldung der Satzung zum Genossenschaftsregister durch Mitunterzeichnung derselben und nach Anmeldung durch Beitritt, Zulassung und Eintragung in die Liste der Genossen. Die an den Erwerb der Mitgliedschaft geknüpften vermögensrechtlichen Pflichten zur Übernahme eines oder mehrerer Geschäftsanteile und zur Bildung von Geschäftsguthaben sind nur Folgewirkungen des bereits rechtswirksam begründeten Mitgliedschaftsverhältnisses. ²⁷⁾ Bei Genossenschaften besteht ebenso wie bei Personengesellschaften eine besondere Treupflicht als Hauptpflicht. ²⁸⁾

3. Ausschließung

Ein Genosse kann aus den besonderen im Gesetz (§ 68 Abs. 1 GenG) oder Statut (§ 68 Abs. 2 GenG) vorgesehenen Gründen aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden. Da das Gesetz nur zwei Gründe nennt, von denen insbesondere der erste (Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte) selten vorkommt, wird den statutarischen Gründen eine weitaus größere Bedeutung zukommen. Hier wird insbesondere der allgemeine Rechtsgrundsatz gelten, daß bei persönlichkeitsbetonten Dauerschuldverhältnissen eine Beendigung desselben aus wichtigem Grunde jederzeit möglich sein muß. Jedoch bestimmt § 68 Abs. 1 Satz 1 GenG, daß die Ausschließung nicht sofort, sondern erst zum Schluß des Geschäftsjahres erfolgt. Der Grund für diese Sonderregelung liegt im Wesen des Genossenschaftsrechtes: Durch die gesetzlich vorgeschriebene Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Mitglied würden eine Vermögensminderung, eine Minderung der Haftsummen und damit eine Schmälerung der Kreditbasis der Genossenschaft eintreten, die mit den berechtigten Interessen der Gläubiger nicht vereinbar sind ²⁹⁾. Außerdem sprechen bilanztechnische Gründe gegen ein Ausscheiden zu einem beliebigen Tag, weil dann jeweils die Erstellung besonderer Auseinandersetzungsbilanzen notwendig wäre ³⁰⁾.

Obwohl die Mitgliedschaft erst zum Ende des Geschäftsjahres zu bestehen aufhört, treten schon vom Zeitpunkt der Absendung des Ausschließungsbeschlusses Wirkungen ein: Der ausgeschlossene Genosse kann nicht mehr an der Generalversammlung teilnehmen und nicht mehr Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates sein (§ 68 Abs. 4 GenG). Weitere Wirkungen können im Statut bestimmt werden, insbesondere das Verbot, die gemeinschaftlichen Einrichtungen zu benutzen ³¹⁾. Die

27) PAULICK S. 135

28) PAULICK S. 151 und KG U. v. 23. 6. 1954 in Gemeinnütziges Wohnungswesen 1954 S. 589

29) Vgl. PAULICK S. 158

30) Vgl. PAULICK S. 147

31) In diesem Falle müßten die Wirkungen aus praktischen Gründen erst mit der Zustellung des Beschlusses an den Genossen eintreten.

Ausschließung bewirkt also zunächst nur eine Inhaltsänderung der Mitgliedschaft, indem bestimmte Einzelrechte und -pflichten enden; die Mitgliedschaft selbst endet erst mit Schluß des Geschäftsjahres. 32)

Durch den Fortbestand der Mitgliedschaft als solcher und der Haftung einerseits und durch das Eintreten besonderer Ausschlußwirkungen andererseits wird ein Zwischenzustand erreicht, der den Besonderheiten der Genossenschaftsidee und im wesentlichen auch den allseitigen Interessen gerecht wird. Deshalb ist eine außerordentliche Befristung der Ausschließung als solche überflüssig 33). Dagegen wäre es denkbar, daß der Eintritt bestimmter einzelner Wirkungen außerordentlich befristet wird, z. B. daß die Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen noch für eine kurze Übergangszeit weiterhin gestattet wird. Hiergegen sprechen aber regelmäßig nicht nur die praktischen Erwägungen, daß erstens die Gründe für den Ausschluß nur in der Person des ausscheidenden Genossen liegen können, so daß es dieser weitgehend selbst in der Hand hat, ob er ausgeschlossen wird. Zweitens findet ein besonderes Ausschlußverfahren statt, in dem der auszuschließende Genosse regelmäßig zu hören ist und das eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Vielmehr ist insbesondere der Wesenszug der Genossenschaftsidee, der bloße Förderungszweck, zu berücksichtigen: Der Ausschluß bringt für den Genossen zwar eine Reihe von Nachteilen, sie sind aber nicht so tiefgreifend wie etwa der Existenzverlust oder die Obdachlosigkeit. Der Förderungszweck spricht also gegen eine Pflicht zur außerordentlichen Befristung bei der Ausschließung bzw. gegen einen Anspruch darauf. Er schließt aber nicht aus, daß die Genossenschaft einzelne Rechte und damit verbunden auch einzelne Pflichten für eine kurze Übergangszeit als "mildere Maßnahme" weiter fortbestehen läßt.

4. Übertragung des Geschäftsguthabens

Während bei den Kapitalgesellschaften die Übertragung der Beteiligung die Folge hat, daß der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Mitglieds (Aktionär oder Gesellschafter der GmbH) eintritt, ist bei der eingetragenen Genossenschaft entsprechend ihrem Charakter als Personalverband eine Übertragung der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Vielmehr endet die Mitgliedschaft mit der Übertragung des Geschäftsguthabens gemäß § 76 GenG für den ausscheidenden Genossen und sie beginnt neu in der Person des Erwerbers 34). Ist aber derjenige, an den das Geschäftsguthaben übertragen wird, selbst noch nicht Mitglied der Genossenschaft, so muß

32) Dieser Schwebezustand erinnert an die Suspendierung im Arbeitsrecht, vgl. oben C I 1

33) Dennoch wäre sie rechtstheoretisch denkbar und möglich.

34) PAULICK S. 156

dieser gleichzeitig der Genossenschaft beitreten. Der Beitritt vollzieht sich nach den Vorschriften des § 15 GenG (siehe oben unter 2).

5. Austritt

Das Gesetz regelt die Kündigung durch den Genossen nur in den §§ 65 bis 67 GenG. Der "Austritt" entspricht einer allgemeinen termingebundenen boK. Der Austritt gemäß § 67 Abs. 1 GenG ist auch termingebunden; ob diese Kündigung befristet oder unbefristet ist, hängt vom Einzelfall ab; Da eine Frist nicht bestimmt ist, kann auch noch am letzten Tage des Geschäftsjahres der Austritt für den Schluß dieses Geschäftsjahres erklärt werden ³⁵⁾.

PAULICK (S. 158) ist der Ansicht, die Gründe, bei deren Vorliegen die Mitgliedschaft endet, seien erschöpfend geregelt. Darüberhinaus stehe den Mitgliedern insbesondere ein Recht zu fristloser Kündigung beim Vorliegen wichtiger Gründe nicht zu. Durch die gesetzlich vorgeschriebene Auseinandersetzung mit den auscheidenden Gesellschafter würden eine Vermögensminderung, eine Minderung der Haftsummen und damit eine Schmälerung der Kreditbasis der Genossenschaft eintreten, die mit den berechtigten Interessen der Gläubiger nicht vereinbar wären ³⁶⁾. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Dennoch erheben sich einige Bedenken. Es kann nämlich der recht unbillige Zustand eintreten, daß der Genosse aus wichtigen Gründen mit der Genossenschaft nichts mehr zu tun haben und sich von ihr lösen will, daß er dennoch bis zum Fristablauf seinen Pflichten nachkommen muß, ohne auf seine Rechte Wert zu legen. Soweit die Pflichten vermögensrechtlicher Art sind, mag dieser Nachteil noch zu verschmerzen sein. Anders dagegen bei anderen Pflichten, z. B. der Duldung von Prüfungen und Einsichtnahme in seine Bücher durch Organe der Genossenschaft, und die Pflicht zu bestimmten Tätigkeiten. Hier könnte ein ähnlicher Zwischenzustand helfen, wie er beim Ausschluß gegeben ist: Das Ruhen bestimmter Rechte und Pflichten. Das Gesetz sieht aber eine solche Regelung leider nicht vor und die Statuten berücksichtigen diesen Ausnahmefall auch nicht, obgleich eine solche Regelung durch sie möglich wäre.

35) Vgl. PAULICK S. 149

36) "Die Entscheidung RGZ 130, 375 ff, die das fristlose Ausscheiden eines Mitglieds aus einem eingetragenen Verein betrifft, läßt sich wegen der völlig anderen Interessenlage auf das Genossenschaftsrecht nicht übertragen". Das Vermögen des Vereins wird von dem Austritt eines Mitgliedes grundsätzlich nur insoweit betroffen, daß in Zukunft die Beitragsleistungen des Ausscheidenden fortfallen. (PAULICK S. 158)

Die Entscheidung BGHZ 9 S. 157, insb. S. 164 ff, die den Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH betrifft, läßt sich hier ebenfalls nicht anwenden. Das Wesen der Mitgliedschaft in einer GmbH und einer Genossenschaft ist, wie oben ausgeführt, zu unterschiedlich.

Die Fälle, daß ein Genosse wichtige Gründe für seinen Austritt geltend machen kann, werden aber in der Praxis schwerlich vorkommen; Die gegenseitige Kontrolle der Organe gewährleistet deren satzungs- und ordnungsgemäße Tätigkeit. Die genossenschaftsinterne Disziplin (durch Zurechtweisung von Mitgliedern, die gegen die gemeinsamen Interessen verstoßen; durch Schlichtungsausschüsse und Schiedsgerichte) wird viel Unstimmigkeiten schlichten. Die Buchprüfer unterliegen der Schweigepflicht. Alle diese Umstände lassen es in der Gesamtabwägung vertretbar erscheinen, daß eine "fristlose Kündigung" nicht möglich ist. Damit entfallen aber Ausführungen über eine baoK. Sie kann auf den Austritt eines Genossen nicht angewandt werden.

6. Sonstige kündbare Rechtsverhältnisse

Auch bei der Genossenschaft können außer der Mitgliedschaft noch weitere Rechtsverhältnisse zum Verband bestehen: So müssen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates Genossen sein (§ 9 Abs. 2 GenG). Ferner ist auch hier die Vereinbarung von Sonderrechten und -pflichten möglich. Wegen der baoK kann insoweit auf das oben unter C III 4 und C IV 4 Gesagte verwiesen werden. Zur Frage der Kartellverhältnisse siehe unten C VII.

7. Die nichteingetragene Genossenschaft

Auch die nichteingetragenen Genossenschaften sind auf Dauer angelegt, haben eine Körperschaftliche Verfassung und Organisation, sind in ihrem Bestande unabhängig vom Mitgliederwechsel und nehmen zum Zwecke der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder am Wirtschaftsleben teil. Auf nichteingetragene Genossenschaften finden die Vorschriften des nichtrechtsfähigen Vereins nicht Anwendung. Die nichteingetragene Genossenschaft, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, ist hiernach rechtlich als OHG zu behandeln ³⁷⁾ mit der Folge, daß ihre Mitglieder grundsätzlich unbeschränkt persönlich und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haften. Es kann deshalb auf die Ausführungen oben zu den Personengesellschaften verwiesen werden. Die Eigenheit des Förderungszweckes bleibt aber weiterhin besonders zu berücksichtigen.

8. Ergebnis

Die baoK ist im GenG nicht berücksichtigt. Eine Pflicht zur Befristung bzw. ein Anspruch darauf besteht wegen der Besonderheiten des Genossenschaftswesens im Genossenschaftsrecht nicht. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Selbstverant-

37) Vgl. PAULICK S. 93 f

wortung (Haftung) der Genossen, die mit ihrem Ausscheiden endet, ferner im Falle der Ausschließung aus dem bloßen Förderungszweck und der besonderen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse in der Zeit zwischen Fassung des Ausschließungsbeschlusses und Ende des Geschäftsjahres; im Falle des Austrittes ergibt sich das ferner aus der Gesamtwürdigung aller Interessen und Besonderheiten des Genossenschaftsrechtes, bei denen besonders die genossenschaftsinterne Disziplin und Kontrolle und die Übertragbarkeit des Geschäftsguthabens zu berücksichtigen sind. Jedoch besteht die grundsätzliche Möglichkeit, "als mildere Maßnahme" einzelne Rechte und Pflichten während der Zeit zwischen Ausschließungs- bzw. Austrittserklärung und Beendigung der Mitgliedschaft fortbestehen zu lassen.

VI. Die baOK im Vereinsrecht

1. Wesen des eingetragenen Vereins und seiner Mitgliedschaft

Ein Verein im Sinne des BGB ist eine auf eine gewisse Dauer berechnete Personenvereinigung mit körperschaftlicher Verfassung, die als einheitliches Ganzes gedacht wird, daher einen Gesamtnamen führt und im Bestande vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist ³⁸⁾.

Mitgliedschaft ist die Gesamtheit der körperschaftlichen Beziehungen zwischen Verein und Mitglied ³⁹⁾. Sie ist als solche ein personenrechtliches Verhältnis ⁴⁰⁾ und daher grundsätzlich nicht übertragbar, es sei denn, daß die Satzung ihre Übertragbarkeit bestimmt. Die einzelnen aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte können vermögensrechtlicher Art und übertragbar sein, ohne daß das Verhältnis zwischen Verein und Mitglied dadurch zum gegenseitigen Vertrag wird ⁴¹⁾. Aus der personenrechtlichen Beziehung folgt ein Treueverhältnis zwischen Verein und Mitglied, das je nach dem Zweck des Vereines mehr oder weniger eng ist ⁴²⁾.

Die rechtlichen Beziehungen bestehen in erster Linie zwischen Mitglied und Verein bzw. dessen Organen; zwischen den Mitgliedern untereinander nur insofern, als sie Mitglieder der Vereinsgemeinschaft sind ⁴³⁾. Auch zwischen den Mitgliedern untereinander kann ein Treueverhältnis bestehen. Die Satzung soll bestimmen (§ 58 Nr. 2 BGB), ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind. Auch hier sind Sonderleistungen und Sonderrechte möglich.

38) PALANDT; Vorbem. 1 vor § 21; ähnlich RGZ 76 S. 28

39) ERMAN-WESTERMANN § 38 Anm. 1

40) RGZ 163 S. 203

41) RGZ 100 S. 2

42) RGZ in HRR 28 S. 1551

43) PALANDT Vorbem. 1 zu § 21

2. Austritt und Ausschluß

Über den Ausschluß sagt das Gesetz gar nichts. Zum Austritt enthält es lediglich die dürftige Vorschrift des § 39 BGB. Die Satzung soll nähere Bestimmungen hierüber enthalten (§ 58 Nr. 1 BGB).

Es ist jedoch anerkannt, daß hier die allgemeinen kündigungsrechtlichen Regeln gelten, so insbesondere auch die Regeln über die aoK ⁴⁴⁾, d. h. über den Austritt und die Ausschließung aus wichtigem Grunde ⁴⁵⁾. Das oben (C III 4, IV 4) über die sonstigen kündbaren Verhältnisse Gesagte gilt hier entsprechend.

3. Besondere Umstände

Die Mitgliedschaft bringt für das Mitglied nicht selten Vorteile mit sich, die es auf andere Weise nicht genießen könnte. Sie erschließt bisweilen einen bestimmten Kundenkreis oder ermöglicht erst eine bestimmte berufliche Betätigung schlechthin. In solchen Fällen kann ein sofortiger Ausschluß das Mitglied besonders hart treffen. Hier kann eine außerordentliche Befristung notwendig sein und helfen.

Aufseiten des Vereines werden selten besondere Umstände eintreten. Sein Bestehen baut gerade auf der Unabhängigkeit ^{45a)} von bestimmten Mitgliedern auf. Deshalb hat das Ausscheiden selten besondere Nachteile für den Verein. Eine Ausnahme kann für den "atypischen Verein" gelten, der eine besonders kleine Mitgliederzahl hat, bei der es auf die Mitwirkung eines jeden einzelnen (oder auf bestimmte) ankommt. Insofern können für diese Körperschaft die gleichen Erkenntnisse gelten, die bei den Kapitalgesellschaften mit engem Personenkreis gezogen wurden. Bei solchen "Vereinen" wird jedoch zu prüfen sein, ob es sich nicht in Wirklichkeit um Gesellschaften des BGB handelt. Die Grenzen zwischen diesen beiden Vereinigungsformen sind ohnehin flüssig, was sich schon aus der gesetzlichen Verweisung des § 54 BGB ergibt.

4. Der nichteingetragene Verein

Auf den nichteingetragenen Verein finden die Vorschriften über die GbR unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Vereins Anwendung (§ 54 BGB). Insoweit kann auf die entsprechenden Ausführungen oben verwiesen werden.

44) Siehe hierzu MÜLLER-ERZBACH S. 391 ff

45) RGZ 130 S. 375; siehe auch ERMAN-WESTERMANN § 39 Anm. B, insb. 6

45a) Ausnahme insbesondere; falls "der dritte Mann" ausscheidet (§ 73 BGB)

5. Ergebnis

Die baoK ist im Vereinsrecht nicht geregelt. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK findet auch hier Anwendung. Besondere Rechtsinstitute des Vereinsrechts, die die Anwendung der baoK einschränken, gibt es nicht. Eine erhebliche tatsächliche Einschränkung des Wirkungsbereiches der baoK ergibt sich aber aus dem Wesen des Vereins, daß sein Bestand von der Mitgliedschaft bestimmter Mitglieder grundsätzlich unabhängig ist. Falls überhaupt, so können besondere Umstände am ehesten aufseiten eines Mitgliedes auftreten.

VII. Die baoK im Kartellrecht

1. Begriff des Kartells

§ 1 GWB definiert den Kartellbegriff: Kartelle sind danach Gesellschaftsverträge zwischen Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen oder Beschlüsse von Unternehmen, die geeignet sind, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Als Träger eines Kartells kommen nur Unternehmen⁴⁶⁾ oder Vereinigungen von Unternehmen in Betracht. Privatpersonen sind nicht kartellfähig.

Zweck des Gesetzes ist, vertragliche Beschränkungen des Wettbewerbs bei der Erzeugung und bei dem geschäftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen zu unterbinden⁴⁷⁾.

2. Rechtsformen der Kartelle

Kartelle können in jeder Vergesellschaftungsform vorkommen⁴⁸⁾:

- a) ohne eigene Rechtspersönlichkeit: Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB), nichtrechtsfähiger Verein (§ 54 BGB)
- b) mit eigener Rechtspersönlichkeit: eingetragener Verein (§§ 21, 55 BGB), GmbH, AG, eGen,
- c) in der Form der Doppelgesellschaft (GbR, deren Gesellschafter gleichzeitig Gesellschafter einer GmbH oder AG sind, die auch als Verkaufsstelle dient).

46) Auf den Definitionsstreit über den Begriff des "Unternehmens" braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

47) Begründung zu § 1 GWB unter 3 c

48) Gliederung nach RASCH S. 43

Kartelle können auch als Nebenleistungspflichten begründet werden (§ 50 AktG, § 3 Abs. 3 GmbHG⁴⁹⁾).

3. Außerordentliche Kündigung des Kartellverhältnisses

§ 13 Abs. 1 Satz 1 GWB gibt ein ausdrückliches Recht zur unbaoK: "Jeder Beteiligte kann Verträge und Beschlüsse der in den §§ 2 bis 8 bezeichneten Art aus wichtigem Grunde fristlos schriftlich kündigen". Diese Spezialvorschrift bringt an und für sich keine neue Rechtslage, da der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grunde außerordentlich gekündigt werden können, fester Bestandteil unserer Rechtsordnung ist, § 13 Abs. 1 Satz 1 GWB ist in erster Linie aus der rechtspolitischen Skepsis des Gesetzgebers gegenüber kartellrechtlichen Bindungen zu verstehen. Diese Vorschrift ist mehr als eine bloße "Bekräftigung" des § 723 BGB. Denn erstens kann die Wirkung einer solchen Kündigung in der Weise beschränkt werden, daß die Gesellschaft als solche fortbesteht (§ 737 BGB)⁵⁰⁾; zweitens gilt § 723 BGB nicht auch für "Beschlüsse"; drittens gibt es aber auch Kartelle in vielen anderen Rechtsformen, bei denen § 723 BGB nicht anwendbar ist (obgleich die Rechtsform der GbR als Kartell besonders häufig gewählt wird).

Eine besondere und selbständige Bedeutung hat § 13 GWB dort, wo sich das Kartellverhältnis mit der Mitgliedschaft einer der genannten Rechtsformen nicht deckt. Dies wird besonders dann der Fall sein, wenn die kartellrechtlichen Vereinbarungen eine Intensivierung - sozusagen eine zusätzliche Kette - bereits bestehender Rechtsbindungen sind, sei es, daß einzelne Rechte und Pflichten die Voraussetzungen kartellrechtlicher Vereinbarungen erfüllen, sei es, daß Sonderrechte und -pflichten (Nebenleistungen) kartellrechtlicher Art vereinbart werden. In diesen Fällen ist zwischen den rechtlichen Grundbeziehungen und den zusätzlichen kartellrechtlichen Bindungen zu unterscheiden^{50a)}. Grundsätzlich werden beide Rechtsverhältnisse besonderer Auflösung insoweit fähig sein, als die Kündigung des Kartellverhältnisses nicht notwendig die Auflösung des Grundverhältnisses zur Folge haben muß. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob das ausscheidende Kartellmitglied die verbleibenden Verpflichtungen auch ohne die kartellmäßigen Bindungen übernommen haben würde (§ 139 BGB)^{50b)}. In der Praxis

49) Ebenso übrigens auch bei Genossenschaften auf der Grundlage des § 18 GenG, des Förderungszweckes und des Treueverhältnisses; vgl. PAULICK S. 195

50) Fehlt eine solche Vereinbarung, so gilt sie nach dem Vertragszweck meistens als stillschweigend getroffen; DÖRINKEL aaO § 13 Anm. 16, v. BRUNN S. 103, 115

50a) v. BRUNN S. 114

50b) v. BRUNN S. 114

werden aber beide Rechtsverhältnisse regelmäßig derart miteinander verknüpft sein, daß mit Beendigung des kartellrechtlichen Verhältnisses auch das Grundverhältnis enden soll. In diesen Fällen kann aber oftmals sozusagen eine zweistufige ^{50c)} Auflösung stattfinden: Das Kartellverhältnis wird sofort aufgelöst; die Beendigung der Mitgliedschaft folgt zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Eine solche Inkongruenz von Grund- und Kartellverhältnis und die mehrstufige Auflösung werden insbesondere bei den Rechtsformen der GmbH, AG, eGen und Doppelgesellschaft vorliegen. Sie ist aber auch bei den anderen Rechtsformen möglich.

4. Außerordentliche Übergangszeit

Zunächst kommt auch hier der Grundsatz zum Zuge, daß die Geltung der (unb-)aoK der Nährboden für die weiterentwickelte Form der baoK ist ⁵¹⁾.

Zur Frage der Interessenabwägung "hat das Kartellgericht in seiner Rechtsprechung hervorgehoben, daß ein Kartell nicht nur ein Zusammenschluß zum Zwecke der Ausgestaltung des Wettbewerbs, sondern auch eine Schutzgemeinschaft sein soll. Infolgedessen soll nicht alleine von den Kartellen eine Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen ihrer Mitglieder verlangt werden, es ist auch von dem einzelnen Mitglied zu verlangen, daß es auf die Interessen der Gesamtheit der Mitglieder Rücksicht nimmt und daß es nicht den Bestand des Kartells und damit die Existenz der übrigen Mitglieder durch seinen Austritt gefährdet ..." ⁵²⁾.

Ob nun auch bei Kartellverhältnissen besondere Umstände auftreten können, richtet sich nach der jeweiligen Intensität des Interesses an seinem Fortbestande und dem Grade der Wichtigkeit und der Bedeutung des Fortbestandes für die Parteien. Jene werden je nach der Art des Kartells und der Rechtsform unterschiedlich sein: So werden Normen-, Konditions-, Kalkulations- und einfache Preiskartelle für die einzelnen Mitglieder regelmäßig nicht so erhebliche Bedeutung haben, daß sich eine Übergangszeit als notwendig erweisen könnte. Dagegen werden Vereinbarungen über Kontingentierungs-, Spezialisierungs- und Gebietskartelle und Syndikate für die einzelnen Mitglieder regelmäßig recht bedeutungsvoll sein. Da sich die wichtigen Gründe insbesondere auf allgemeine konjunkturelle Veränderungen stützen, ist auch die allgemeine volkswirtschaftliche Lage und die spezielle Auswirkung von solchen Veränderungen auf den Zweck des Kartells und auf die Bedeutung für die Vereinbarung und auch die einzelnen Mitglieder zu berücksichtigen.

50c) Siehe auch DÖRINKEL aaO § 13 Anm. 17 ff (insb. 19) und v. BRUNN S. 116, beide mit Rspr.- und weiteren Literaturangaben.

51) Der allgemeine Grundsatz der baoK wird durch die Vorschrift des § 13 Abs. 3 GWB nicht betroffen. Hiernach sind nur Einschränkungen durch Parteiwillen nichtig. Vgl. ebenso zu § 723 BGB oben Anm. 15c

52) DÖRINKEL aaO § 13 Anm. 6

Die praktische Bedeutung der baoK wird im Kartellrecht jedoch gering sein. Dies folgt zunächst aus der behördlichen Aufsicht, der die Kartelle unterliegen. Weiter folgt das aus der regelmäßig vorhandenen verbandsinternen Disziplin⁵³⁾, ferner aus dem Inhalt und Gegenstand der Kartellvereinbarungen. Der Fortbestand des einzelnen Kartellverhältnisses wird regelmäßig weder für das einzelne gebundene Mitglied so wichtig sein, daß es des Kartellverhältnisses wenigstens noch für eine Übergangszeit bedürfte, noch wird die Mitgliedschaft eines einzelnen Unternehmens für die Existenz der Vereinigung entsprechend unentbehrlich sein. Ferner ist in den Fällen, wo das Kartell die Rechtsform einer AG, GmbH, eGen oder Doppelgesellschaft hat, durch die dargestellte "mehrstufige Auflösung" der Rechtsbeziehungen bereits eine Art Übergangszeit gegeben. Bei den Rechtsformen der Personengesellschaften und insbesondere der Vereine ist das Ausscheiden eines Mitglieds ohnehin leichter.

Außerdem sind die Nachteile, die durch die Auflösung kartellrechtlicher Beziehungen entstehen können, regelmäßig nur wirtschaftliche, d. h. vermögensrechtliche. Diese lassen sich nötigenfalls durch Ausgleichszahlungen ersetzen, sind also nicht so tiefgreifend wie etwa Existenzverlust oder Obdachlosigkeit. Schließlich ist auch der allgemeine Argwohn des Gesetzgebers gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen und der entsprechende rechtspolitische Wille im § 13 GWB zu berücksichtigen, wonach der Kündigende auf alle Fälle die Möglichkeit zu sofortiger Auflösung haben soll. Hieraus folgt, daß - falls überhaupt - besondere Umstände eher vom Kündigenden, insbesondere vom einzelnen Mitglied, und kaum vom Gekündigten (insbesondere vom Verband) geltend gemacht werden können.

5. Ergebnis

Die baoK ist im GWB nicht berücksichtigt. Die Geltung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der baoK wird durch spezielle Institute des Kartellrechts an und für sich (theoretisch) nicht ausgeschlossen. Jedoch wird die praktische Anwendung der baoK weitgehend ausgeschlossen. Dies liegt an der behördlichen Aufsicht, der die Kartelle unterliegen, an ihrer internen Disziplin, am Gegenstand und Wesen der Kartellvereinbarungen, an der rechtspolitischen Tendenz und, soweit Kartelle die Form einer AG, GmbH, eGen oder Doppelgesellschaft haben, an der mehrstufigen Auflösung.

53) "Die fristlose Kündigung ist ein äußerster Rechtsbehelf. ." "In erster Linie muß daher das Mitglied seinen Einfluß im Verband geltend machen, um die Abstellung der gerügten Zustände zu erreichen. Es hat die zuständigen Verbandsorgane (Mitgliederversammlung, Ausschüsse, Vorstand usw.) anzurufen. Bei Rechtsstreitigkeiten ist die Sache einem satzungsmäßig vorgesehenen Schiedsgericht oder dem ordentlichen Gericht (§ 19) zu unterbreiten. Dies erübrigt sich jedoch, wenn dadurch überhaupt nicht oder nicht mehr rechtzeitig Abhilfe erlangt werden kann. " DÖRINKEL aaO § 13 Anm. 9

D.

S c h l u ß e r g e b n i s

I. Tatbestand

1. Definition der baoK

Führt ein wichtiger Grund dazu, daß einem Vertragspartner die Fortsetzung des Dsv. es bis zum Ablauf der oK-Frist oder bestimmten Vertragsdauer nicht zumutbar ist, steht dem aber ein besonderer Umstand gegenüber, der ein ao Bestandsinteresse begründet, so ist das Dsv erst nach Ablauf einer ao Übergangszeit zu beenden (befristete außerordentliche Kündigung).

2. Definition des "wichtigen Grundes"

Wichtiger Grund ist jede Begebenheit, die die Fortsetzung des Dsv. es bis zum Ablauf der oK-Frist oder der bestimmten Vertragsdauer verhindert und unzumutbar macht, insbesondere Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung und sog. überobligationsmäßige Schwierigkeiten.

3. Definition des "besonderen Umstandes"

Besondere Umstände sind solche Begebenheiten, die trotz Vorliegens wichtiger Gründe für eine wenigstens kurzfristige Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses sprechen und sie insoweit zumutbar machen, also Umstände, die ein Gläubigerinteresse an (teilweiser) Leistungserfüllung, insbesondere bei teilweisem Verzug, teilweiser Unmöglichkeit oder Forderungsverletzung wenigstens für eine kurze Übergangszeit begründen bzw. fortbestehen lassen. Auch übervertragliche, bisweilen sogar öffentliche Belange kommen als besondere Umstände in Betracht.

Da die jeweiligen Interessen der einzelnen Vertragspartner am Bestande von Dauerschuldverhältnissen einem fortwährenden Wandel unterworfen sind, lassen sich auch die besonderen Umstände, die ein außerordentliches Bestandsinteresse begründen, nicht noch enger tatbestandlich definieren.

II. Rechtsgrundlagen der baoK

1. Recht zur Befristung

Solange der Kündigungsgegner nicht geltend macht, durch die Einhaltung einer außerordentlichen Frist beschwert zu sein, stellt sich die baoK lediglich als die

Ausübung eines Teilrechtes gegenüber dem Vollrecht der unbaoK dar. Die Zulässigkeit des Mehr umfaßt gleichzeitig die Zulässigkeit des Weniger.

2. Bestrittene Pflicht, das Dsv kurzfristig fortzusetzen

Die Rechtsgrundlage für den Anspruch, vom Vertragspartner die Fortsetzung der vertraglichen Leistungen und die Annahme der Gegenleistungen wenigstens während einer ao Frist zu verlangen, ist der allgemeine Rechtsgrundsatz der baoK, wie er oben unter I 1 soeben definiert wurde. Dieser Rechtsgrundsatz folgt in erster Linie aus dem obersten Grundsatz von Treu und Glauben (insbesondere aus der "Billigkeit", dem "Treuegedanken" und der "unzulässigen Rechtsausübung") und aus der ergänzenden Rechtsanalogie zu den §§ 549 I 2, 569, 570, 581 II/596 II, 1056 II, 2135 BGB, 6 I 2, 24 I 2, 70 VVG, 19, 22 I KO, 51 II VglO, 57a ZVG, 30 ErbbVO, 37 III WEG. Diese rechtliche Untermauerung der baoK ähnelt sehr der Legitimierung des Rechtsgrundsatzes der (unb-)aoK.

Der rechtliche Tatbestand des wichtigen Grundes gibt das Recht, grundsätzlich ao unbefristet zu kündigen, d. h. die Erbringung der vertraglichen Leistungen und die Annahme der Gegenleistungen einzustellen bzw. zu verweigern.

Der rechtliche Tatbestand des besonderen Umstandes begründet demgegenüber einen Anspruch auf Fortsetzung des Dsv. es für eine ao Übergangszeit. Ein und dieselben Tatsachen, die zur Annahme eines wichtigen Grundes führen, können nicht gleichzeitig einen besonderen Umstand begründen (und umgekehrt). Deshalb lassen sich beide Begriffe klar voneinander abgrenzen. Beide Begriffe lassen sich auch tatbestandlich hinreichend genau definieren. Auch hinsichtlich der Bestimmung der aoK-Frist greifen die Bedenken wegen etwaiger Gefährdung der Rechtssicherheit nicht durch.

III. Richtigkeitsgedanken

1. Soziologisch

Die gesetzlichen Vorschriften regeln die Interessenlagen der baoK nur in vereinzelten speziellen Fällen. Es konnte jedoch nachgewiesen werden, daß die soziologischen Gegebenheiten mit den bisher bekannten Kündigungsarten der boK, unböK und unbaoK allein nicht immer zufriedenstellend geregelt werden können. Eine billige und verfeinerte Abwägung aller Interessen verlangt vielmehr noch die Anerkennung der baoK als vierte Kündigungsart.

2. Rechtssystematisch

Die baoK fügt sich in das System der bisherigen Kündigungsarten "nahtlos" ein. Die Untersuchung des Systems des Kündigungsrechtes zeigte sogar, daß es bisher unvollständig war, und daß diese Lücke in der Berücksichtigung der verschiedenen Interessenregelungen nunmehr durch die baoK geschlossen wird. Denn ebenso, wie man bislang zwischen ordentlichem und außerordentlichem Auflösungsinteresse unterschied, muß man auch zwischen ordentlichem und außerordentlichem Bestandsinteresse unterscheiden. Ein ao Bestandsinteresse blieb aber, soweit das Institut der baoK fehlte, in dieser klaren Form unberücksichtigt.

IV. Geltungsbereich

1. Grundsätzlich

Die baoK gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Bereich aller Dsv. e. Ihre größte praktische Bedeutung erlangt die baoK im Arbeitsrecht, ferner im Recht der Personengesellschaften und der personenbezogenen Kapitalgesellschaften und entsprechend der jeweiligen Markt- und Wirtschaftslage mehr oder weniger auch im Mietrecht.

2. Rechtliche Einschränkungen

Die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist dort ausgeschlossen, wo eine lex specialis gilt (siehe die Aufzählung oben S. 85 und die Vorschriften betreffend die "Kündigung zur Unzeit", ferner im Bereich des MSchG).

Aus dem Zweck und Wesen einer Genossenschaft ergibt sich, daß die baoK stets ausgeschlossen ist, aus Zweck und Wesen der unvollkommen zweiseitigen Dsv. e., daß die baoK regelmäßig ausgeschlossen ist.

Die baoK kann auch dort allgemein ausgeschlossen sein, wo der Interessenstreit, wie er der baoK zugrundeliegt, durch die Institute der Abmahnung oder des Schadensersatzes gelöst wird.

3. Tatsächliche Einschränkungen

Ferner können folgende speziellere Institute einzelner Rechtsgebiete die Anwendung der baoK aus praktischen Gründen ausschließen:

So im Arbeitsrecht für vereinzelt Fälle eine Koppelung von Suspendierung mit baoK.

Im Recht der Personengesellschaften schließen das Institut der Liquidation und im Recht der Kapitalgesellschaften der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Kapitalanteile die Anwendung der baoK aus.

Durch den Grundsatz der Unabhängigkeit des Vereins vom Mitgliederbestand kommt der Interessenstreit der baoK meistens erst gar nicht auf; er wird auch im Bereich des Kartellrechts durch behördliche Aufsicht und durch die verbandsinterne Disziplin oftmals von vornherein unterbunden.

Letztlich entscheidend für die Bejahung eines außerordentlichen Bestandsinteresses ist die Entbehrlichkeit der jeweiligen vertraglichen Leistungen, die Frage einer möglichen Ersatzbeschaffung bzw. die Frage nach den Auswirkungen der eintretenden Nachteile und deren schonungsvollste Abwendung oder Zumutbarkeit nach Lage des Einzelfalles.

L E B E N S L A U F

Ich heiße Bernd-Hagen Hüpper und wurde am 21. März 1933 in Berlin als Sohn des Dipl. -Ing. Theo Hüpper und dessen Ehefrau Elsa geb. Nickisch geboren.

Die Volksschule besuchte ich in Stettin ab Ostern 1939, ab Ostern 1946 das Realgymnasium in Wiesbaden, wo ich 1954 das Zeugnis der Reife erhielt. Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, und zwar fünf Semester an der Universität in Frankfurt/M. und drei Semester an der Universität in Mainz. Hier legte ich am 28. 8. 1958 die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Ableistung des Referendardienstes im Lande Hessen bestand ich die große juristische Staatsprüfung am 29. 11. 1962 vor dem Juristischen Landesprüfungsamt in Wiesbaden. Seitdem bin ich in der Rechtsabteilung eines Industrieunternehmens tätig.

